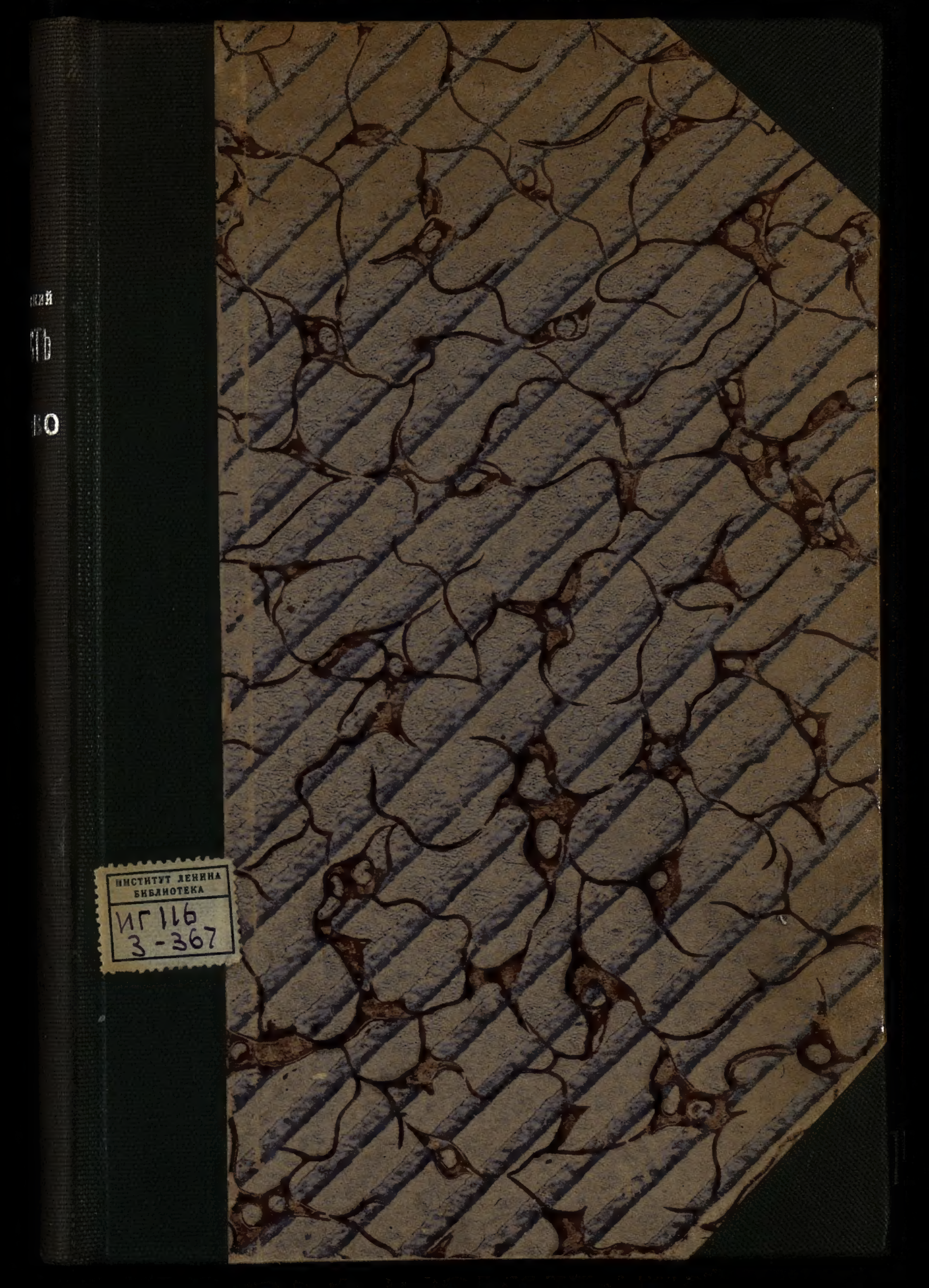


...ский
...ТЬ
...ВО

В. Ф. ЗАЛѢСКІЙ.

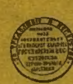
ВЛАСТЬ и ПРАВО.

Философія объективнаго права.





КАЗАНЬ.
Типографія Б. Л. Домбровскаго
1897.



Многоуважаемому профессору Сергѣю Андреевичу Муромцеву отъ автора

В. Ф. ЗАЛѢСКІЙ.

ВЛАСТЬ и ПРАВО.

Философія объективнаго права.



КАЗАНЬ.
Типографія Б. Л. Домбровскаго, б. Вечеслава.
1897.





Дозволено цензурою. Казань, 25 Ноября 1896 года.



ПРЕДИСЛОВІЕ.

Преподавая по порученію Его Сіятельства Господина Министра Народнаго Просвѣщенія, съ 15 Января 1895 года, Энциклопедію и Исторію Философіи Права въ Императорскомъ Казанскомъ Университетѣ, я не могъ не увлечься этими въ высшей степени интересными предметами и на лекціяхъ моихъ излагалъ нѣкоторые отдѣлы съ особенной полнотой. Плодомъ усиленныхъ занятій вопросами о сущности и происхожденіи права, о его соотношеніи съ нравственностью, о судьбахъ исторической школы—является книга, предлагаемая въ настоящую минуту вниманію читателя. Мнѣ хочется въ общихъ чертахъ характеризовать Іеринговское движеніе въ области философіи права и показать, какъ постепенно новая, утилитарно-эволюціонная, теорія права приходитъ на смѣну теоріи исторической школы, оказавшей великія заслуги наукѣ права, но тѣмъ не менѣе, какъ все земное, мало по малу отживающей и уступающей свое мѣсто новымъ, молодымъ, силамъ и теченіямъ—что впрочемъ нисколько не умаляетъ значенія исторической школы, такъ какъ основы ея воззрѣній остаются незыблемы и составляютъ прочное и навѣки нерушимое пріобрѣтеніе и достояніе науки.

Идея эволюціонизма, возникновеніе которой относится ко временамъ глубокой древности и можетъ быть прослѣжено ужѐ въ философіи Анаксимандра Милетскаго [1]), достигла въ XIX вѣкѣ полнаго развитія и самаго широкаго распространенія. Подъ вліяніемъ эволюціонной теоріи не только совершился переворотъ въ наукахъ физическихъ вообще и біологическихъ въ особен-

[1]) См Osborn, From the Greeks to Darwin, p. 34

ности—теорія эта оказываетъ огромное, и самое благотворное, вліяніе и въ области другихъ наукъ, въ частности же въ наукахъ общественныхъ и въ томъ числѣ въ наукѣ о правѣ.

На смѣну дедуктивной методѣ, безраздѣльно господствовавшей въ наукахъ общественныхъ со временъ Декарта и за немногими исключеніями (напр. Монтескьё) до конца XVIII вѣка, въ XIX вѣкѣ выступила индуктивная метода. Примѣненію индукціи въ области науки права дала начало историческая школа въ самомъ концѣ XVIII и въ началѣ XIX столѣтія. Но примѣняя индуктивную методу изслѣдованія историческая школа во многихъ отношеніяхъ оставалась еще вѣрна старымъ метафизическимъ воззрѣніямъ, что̀ въ особенности рѣзко проявилось въ унаслѣдованномъ ею отъ предъидущихъ поколѣній ученыхъ юристовъ формальномъ опредѣленіи понятія права. Исходя изъ отвлеченныхъ принциповъ свободы, полагая центръ тяжести изслѣдуемыхъ правовыхъ явленій въ моментѣ воли, историческая школа тѣмъ самымъ обрекла себя участи горькихъ ошибокъ и разочарованій. Иному принципу, не принципу свободной воли, а принципу пользы суждено сдѣлаться прочнымъ базисомъ для построенія незыблемаго зданія философіи права.

Литература затрогиваемыхъ въ настоящемъ сочиненіи вопросовъ—по истинѣ громадна. Но къ сожалѣнію она оказалась для меня въ значительной части недоступной.

Writing as I did then at a distance from any large library, I made no attempt to acquaint myself with the litterature of the subject—повторяю я еще разъ [1]) слова Джевонса. Библіотека Казанскаго Университета недостаточно богата и хотя я имѣлъ возможность пополнять её до извѣстной степени, выписывая нужныя книги на ассигнуемыя ежегодно для того небольшія средства, тѣмъ не менѣе юридическая литература, въ особенности англій-

---

[1]) См. мое «Ученіе о цѣнности», вып. II, стр. 3.

ская, французская и итальянская (съ нѣмецкой литературой дѣло обстоитъ нѣсколько лучше), остается представленной далеко не полно.

Поэтому я прошу читателя видѣть въ моихъ литературныхъ указаніяхъ не исчерпывающую исторію литературы, а скорѣе примѣры изъ области различныхъ литературныхъ теченій.

1896 года, 14 Ноября.

В. Залѣскій.

Часть I

ВСТУПИТЕЛЬНАЯ.

Глава 1-я.

Утилитарная мораль и ея недостатки.

Утилитаризмъ—очень древній философскій принципъ. Первымъ утилитаристомъ можетъ быть названъ Сократъ, учившій, что все хорошо и прекрасно для того, для чего полезно и годно. Мы не будемъ конечно слѣдить за историческимъ развитіемъ ни утилитарной теоріи, ни эволюціонизма, это не входитъ въ кругъ нашихъ задачъ, но чтобы правильно уразумѣть великое вліяніе утилитаризма въ области науки права, сказавшееся съ появленіемъ въ свѣтъ сочиненій знаменитаго Рудольфа Іеринга, я долженъ указать, что утилитаризмъ самъ по себѣ, изолированный, не могъ оказать сколько нибудь существеннаго вліянія въ области соціальныхъ наукъ. Лишь тогда, когда утилитарныя воззрѣнія соединились съ теоріей развитія, когда на помощь идеямъ утилитаризма пришли эволюціонныя идеи—тогда вліяніе этихъ двухъ направленій отразилось самыми благотворными послѣдствіями вездѣ, гдѣ имъ послѣдовали.

Чтобы уяснить себѣ глубокій смыслъ и значеніе утилитарно-эволюціоннаго ученія въ правѣ мы должны въ настоящей вступительной части прослѣдить въ самыхъ общихъ чертахъ и въ краткихъ словахъ судьбы утилитаризма и эволюціонизма въ XIX столѣтіи вообще, внѣ сферы приложенія ихъ къ области науки права, такъ какъ безъ этого вступленія самый характеръ вліянія ихъ на философію права останется не вполнѣ понятнымъ. Начала утилитарной морали (ути-

литаризмъ возникъ какъ нравственное ученіе и лишь позднѣе распространилось его вліяніе въ область науки права) впервые систематизированы и изложены въ видѣ цѣльной законченной доктрины Іереміею Бентамомъ въ его «Theory of Legislation» и потомъ повторяются въ «Deontology».

Природа, училъ Бентамъ, подчинила человѣка вліяніямъ удовольствія и страданія [1]) и вся наша дѣятельность опредѣляется стремленіемъ достигнуть удовольствія и избѣжать страданія. Это стремленіе достигать удовольствій и избѣгать страданій называется принципомъ пользы. Пользою, полезностью (utility) называется способность или тенденція данной вещи предупредить какое нибудь зло или доставить какое нибудь благо. Зло есть страданіе или причина страданія. Благо, добро, есть удовольствіе или причина удовольствія [2]).

Вся наша дѣятельность должна направляться сказаннымъ принципомъ пользы. Логика пользы заставляетъ насъ взвѣшивать ожидаемыя удовольствія и страданія безъ всякаго вліянія какихъ бы то ни было иныхъ соображеній [3]). Во всѣхъ областяхъ нашей дѣятельности, а слѣдовательно и въ области нравственности, мы руководимся этимъ принципомъ. Нравственное добро и зло—это то, что имѣетъ своимъ слѣдствіемъ физическое добро и зло, причемъ подъ словомъ физическое добро и зло Бентамъ понимаетъ какъ чисто физическія, такъ и психическія удовольствія и страданія [4])

Однако съ принципомъ пользы состязаются, говоритъ Бентамъ, два другіе принципа—аскетическій принципъ (ascetic principle) и принципъ симпатіи, иначе принципъ произвольнаго сужденія (arbitrary principle).

Путемъ весьма основательныхъ разсужденій Бентамъ доказываетъ, что аскетическій принципъ есть въ сущности ничто

---

[1]) Bentham, Theory of Legislation, p. 2.
[2]) O. c. p. 2.
[3]) O. c., p. 3.
[4]) O. c., p. 3.

иное, какъ принципъ ложно понимаемой пользы—the ascetic principle reposes upon some false idea of utility [1]). Равнымъ образомъ о принципѣ симпатіи Бентамъ отзывается весьма пренебрежительно, говоря, что принципъ симпатіи или произвольнаго сужденія состоитъ въ одобреніи или осужденіи по непосредственному чувству безъ отдачи себѣ точнаго отчета. Дѣйствіе признается хорошимъ или дурнымъ лишь потому, что оно нравится или не нравится лицу, произносящему сужденіе [2]). Въ общемъ, говоритъ Бентамъ, аскетическій принципъ вступаетъ въ борьбу съ принципомъ пользы, а принципъ произвольнаго сужденія игнорируетъ его [3]).

Но я, говоритъ Бентамъ, я сторонникъ принципа пользы [4]). Доказывая рядомъ разсужденій и примѣровъ, что всѣ понятія о добрѣ и злѣ могутъ быть всегда сведены къ принципу пользы [5]), Бентамъ затѣмъ переходитъ къ изображенію способовъ примѣненія принципа пользы къ установленію правилъ для человѣческой дѣятельности вообще и въ области морали въ особенности.

Нравственность (morality) есть искусство направлять дѣятельность человѣка такимъ путемъ, чтобы достигалась наибольшая сумма добра—the greatest possible sum of good [6]). Это родъ прикладной арифметики, гдѣ мы вычисляемъ ожидаемыя въ качествѣ послѣдствій предпринимаемаго нами дѣйствія всѣ удовольствія и страданія, которыя оно можетъ намъ доставить, сравниваемъ ихъ между собой и сообразно результату сравненія принимаемъ то или иное рѣшеніе. При этомъ Бентамъ сначала перечисляетъ различные виды удовольствій

---

1) O. c, p. 5.

2) O. c., p. 6.

3) O. c., p. 9.

4) O. c., p. 3.

5) O. c., p. 15 a. f.

6) O. c., p. 60.

и страданій[1]), а затѣмъ преподаетъ правила измѣренія ихъ для сравненія[2]).

Перечисляя удовольствія, Бентамъ называетъ слѣдующія:

1) Удовольствія, доставляемыя нашими внѣшними чувствами (Pleasures of Sense).

2) Удовольствія, доставляемыя обладаніемъ (Pleasures of Riches).

3) Удовольствія, доставляемыя преодолѣніемъ трудностей (Pleasures of Address).

4) Удовольствія, доставляемыя дружбою (Pleasures of Friendship).

5) Удовольствія, доставляемыя хорошей репутаціей (Pleasures of a good Reputation).

6) Удовольствія, доставляемыя властью (Pleasures of Power).

7) Удовольствія, доставляемыя благочестіемъ (Pleasures of Piety).

8) Удовольствія, доставляемыя доброжелательностью къ друзьямъ или соціальными привязанностями (Pleasures of Benevolence).

9) Удовольствія, доставляемыя несчастіями, которыя постигаютъ нашихъ враговъ (Pleasures of Malevolence).

10, 11 и 12) Удовольствія, доставляемыя знаніемъ, упражненіемъ памяти и воображенія (Pleasures of knowlege, of memory, of imagination).

13) Удовольствія, доставляемыя надеждою (Pleasures of hope).

14) Удовольствія, доставляемыя обществомъ себѣ подобныхъ (Pleasures of association).

15) Удовольствія, доставляемыя освобожденіемъ отъ зла (Pleasures of relief[3]).

---

[1]) O. c., Principles of Legislation, chapter VI.

[2]) O. c., Principles of Legislation, chapter VIII.

[3]) O. c., pp. 21 - 24.

Перечисляя страданія, Бентамъ называетъ ихъ соотвѣтственно, параллельно, названнымъ удовольствіямъ, исключая №№ 6, 9, 14 и 15, а именно:

1) Страданія, причиняемыя лишеніями или неудовлетворенными желаніями (Pains of Privation).

2) Страданія, причиняемыя непріятнымъ раздраженіемъ или усталостью (Pains of Sense).

3) Страданія, причиняемыя безполезными попытками и напраснымъ трудомъ (Pains of Maladdress).

4) Страданія, причиняемыя враждой (Pains of Enmity).

5) Страданія отъ дурной репутаціи, безчестія (Pains of bad Reputation).

6) Страданія культа, суевѣрные страхи (Pains of Piety).

7) Страданія за другихъ, изъ симпатіи, изъ соціальныхъ чувствъ (Pains of Benevolence).

8) Страданія зависти, изъ чувства антипатіи, изъ антисоціальныхъ чувствъ (Pains of Malevolence).

9, 10 и 11) Страданія отъ страха, отъ недостатка памяти и воображенія (Pains of memory, of imagination and of fear). [1])

Когда мы сравниваемъ хорошія и дурныя послѣдствія обсуждаемаго поступка, мы должны принимать во вниманіе не только наличность ожидаемыхъ удовольствій и страданій, но и ихъ мѣру. Степень удовольствія зависитъ отъ степени его—интенсивности, продолжительности, достовѣрности и близости его наступленія [2]). Затѣмъ надо принимать во вниманіе степень чистоты удовольствій и большее или меньшее количество сопровождающихъ удовольствій [3]); далѣе степень ихъ распространенности, если они касаются не одного индивидума, а группы [4]). И наконецъ —Бентамъ перечисляетъ мно-

[1]) O. c., p.p. 24–26.

[2]) Its intensity, its duration, its certainty, its proximity. O. c. p. 31.

[3]) Its purity, its productivness O. c. p. 31.

[4]) Its extent. O. c., p. 31.

жество различныхъ обстоятельствъ, которыя вліяютъ на степень нашей воспріимчивости, чувствительности къ испытываемымъ удовольствіямъ и страданіямъ — circumstances which affect sensibility [1]), какъ напримѣръ темпераментъ, состояніе здоровья, религіозныя воззрѣнія, понятія о чести, чувства симпатіи и антипатіи и т. д.

Несмотря на блестящее изложеніе и заключающееся въ основѣ разсужденій Бентама зерно истины, несостоятельность Бентамова утилитаризма можетъ считаться общепризнанной. Этотъ эмпирическій утилитаризмъ, или какъ его называютъ нѣмецкіе писатели—Glücksutilitarismus, не представляется достаточно обоснованною моральною системой. Не останавливаясь на возраженіяхъ, касающихся частностей, каковы напримѣръ указанія, что вычисленіе хорошихъ и дурныхъ послѣдствій обсуждаемаго поступка невозможно вслѣдствіе множественности этихъ послѣдствій и разнообразія мѣрокъ, прилагаемыхъ къ ихъ оцѣнкѣ (вышеуказанныя семь свойствъ удовольствій и страданій), что количественная оцѣнка удовольствій и страданій невозможна по этой причинѣ; каковы напримѣръ указанія на узкоэгоистическій характеръ Бентамовой системы, построенной на принципѣ крайняго индивидуализма безъ достаточнаго вниманія къ руководящимъ людьми соціальнымъ интересамъ; и т. д.—не останавливаясь на всѣхъ этихъ возраженіяхъ, касающихся главнымъ образомъ различныхъ частностей, такъ какъ эти возраженія слишкомъ общеизвѣстны [2]) и не всегда даже удачны и легко опровергаются [3]), мы ограничимся указаніемъ на одинъ, самый главный, недоста-

---

[1]) O. c., Principles of Legislation, chapter IX.

[2]) См. напр. M. Guyau, La morale anglaise contemporaine, pp. 203—228; Mackenzie, An Introduction to social philosophy, p. 228; и мн. др.

[3]) См. напр. Mill, Utilitarianism; Austin, Jurisprudence, p. 113 a f Belot, L'utilitarisme et ses nouveaux critiques, Revue de métaph. et de morale, 2-ème année, p. 404 et suiv.; Hodder, Utilitarianism, Int. J. of Ethics, 1892. Courcelle-Séneuil, Préparation à l'étude du droit, pp. 385 391.

токъ эмпирическаго утилитаризма Бентама—внутреннее непримиримое противорѣчіе, заключающееся въ самой его утилитарной системѣ—чтò позволитъ намъ не только составить вѣрное мнѣніе о ней, но и точно указать причину, почему эта система оказывается неудовлетворительной и отчего Бентамъ впалъ въ противорѣчіе. Бентамъ, какъ мы видѣли, указываетъ два принципа, антагонизирующіе съ принципомъ утилитаризма, именно—аскетическій принципъ и принципъ произвольнаго сужденія или симпатіи. Онъ весьма сурово относится къ этимъ принципамъ и считаетъ ихъ совершенно несостоятельными. Противъ такаго отношенія Бентама къ аскетическому принципу едвали можно что возразить; но о принципѣ симпатіи мы смѣло можемъ сказать, что онъ представляетъ собою тотъ камень преткновенія, о который разбилась утилитарная мораль Бентама, такъ какъ въ сужденіяхъ именно о чувствахъ симпатіи и антипатіи онъ впалъ въ вышеупомянутое противорѣчіе.

Дѣйствительно—Бентамъ отрицаетъ всякую пригодность принципа симпатіи для обоснованія этической системы, говоря, что этотъ принципъ отличается крайней неопредѣленностью, колеблется подъ вліяніемъ чисто случайныхъ причинъ между добромъ и зломъ—it floats at hazard between good and evil [1]). Онъ такъ увлекается своими идеями во всей чистотѣ эмпирическаго утилитаризма, что отрицаетъ даже существованіе совѣсти—la conscience est une chose fictive dont on suppose que le siège est dans l'âme [2]). И что же? Въ изложеніи своей теоріи онъ обращается къ тому-же самому принципу симпатіи и антипатіи, къ которому онъ такъ сурово относился, высокомѣрно называя его принципомъ произвольнаго сужденія (arbitrary Principle).

Среди перечисляемыхъ имъ удовольствій и страданій Бентамъ, какъ мы видѣли, называетъ удовольствія, доставляе-

---

[1]) Bentham, Th. of leg., p. 9.
[2]) Bentham, Oeuvres, Tome III, p. 388 (Déontologie).

мыя симпатіей къ благополучію другихъ, и страданія, вызываемыя страданіями другихъ, состраданіемъ, и называетъ эти удовольствія и страданія удовольствіями и страданіями вслѣдствіе *симпатіи* [1]). Рядомъ съ ними онъ ставитъ удовольствія, доставляемыя страданіями тѣхъ, кого мы не любимъ, и страданія, вызываемыя завистью, злобой при видѣ счастія тѣхъ, кого мы ненавидимъ, обобщая эти удовольствія и страданія подъ именемъ удовольствій и страданій вслѣдствіе *антипатіи* [2]). Затѣмъ, перечисляя обстоятельства, вліяющія на степень нашей воспріимчивости къ получаемымъ нами удовольствіямъ и постигающимъ насъ несчастіямъ, Бентамъ въ числѣ другихъ обстоятельствъ указываетъ чувства *симпатіи и антипатіи* [3]). Далѣе, еще въ одномъ мѣстѣ онъ говоритъ, что мы побуждаемся къ дѣятельности на пользу другихъ не только соображеніями личной выгоды (...a sort of calculating of trade. It is paying to have credit), но и побужденіями чистой симпатіи, того теплаго и спокойнаго чувства, которое внушаетъ намъ отвращеніе къ причиненію другимъ зла [4]). Наконецъ въ «Деонтологіи», указывая какъ на причину безнравственности на предпочтеніе меньшаго но близкаго удовольствія большему но отдаленному, Бентамъ тутъ же рядомъ какъ другую причину безнравственности называетъ предпочтеніе, отдаваемое личному интересу передъ общественнымъ—préférence accordée à l'intérêt personnel sur l'intérêt social [5]).

При современномъ состояніи этическихъ наукъ, съ точки зрѣнія эволюціоннаго утилитаризма, признаніе вліянія чувствъ

---

[1]) Bentham, Th. of. legisl., p. 22 and 26.

[2]) O. c. pp. 22—23 and 26.

[3]) „Sentiments of Sympathy". O. c. p. 36; „Antipathies", O. c., p. 37.

[4]) „A sweat and calm sentiment .... which inspires us with a repugnance to be the cause of suffering". O. c., p 64.

[5]) Bentham, Oeuvres, T. III, p. 384. Такъ что неправы критики Бентама, укоряющіе его въ полномъ отрицаніи соціальныхъ интересовъ. Это замѣтилъ уже Гюйо—M Guyau, La morale anglaise contemporaine, p. 35—36.

симпатіи и антипатіи нисколько не противорѣчитъ принципу пользы и прекрасно объясняется какъ благотворное вліяніе качествъ полезныхъ для даннаго общества или для вида вообще. Но со стороны Бентама подобное обращеніе къ принципу симпатіи, ранѣе съ такой настойчивостью отвергаемому, представляется вопіющимъ противорѣчіемъ и наглядно показываетъ несостоятельность его этической системы. Отрицать значеніе чувствъ симпатіи въ жизни человѣка Бентамъ конечно не могъ, такъ какъ это обстоятельство всецѣло относится къ области фактовъ—очень часто намъ бываетъ пріятнѣе пострадать за близкихъ, чѣмъ наслаждаясь самимъ видѣть ихъ страданія. Но объяснить это явленіе съ своей точки зрѣнія эмпирическаго утилитаризма, при современномъ ему состояніи науки и философіи, онъ не могъ. Съ другой стороны, видя какъ непостоянны и капризны бываютъ сплошь и рядомъ наши чувства симпатіи и антипатіи, онъ не могъ не признать принципъ симпатіи за антагонизирующее начало по отношенію къ принципу пользы—и такимъ образомъ противорѣчіе осталось неразрѣшеннымъ, свидѣтельствуя что въ то время не было достаточно данныхъ для правильной постановки и вѣрнаго разрѣшенія разбираемаго вопроса.

На сколько Бентамъ былъ еще далекъ отъ правильнаго пониманія роли симпатіи, соціальныхъ добродѣтелей и общественныхъ стремленій — прекрасно уясняется изъ его разсужденія, что *къ счастію* чувства симпатіи въ людяхъ отличаются постоянствомъ и прочностью, между тѣмъ какъ антипатія есть нѣчто случайное и, безъ всякаго сомнѣнія, преходящее [1]), т. е. онъ даже не пытается дать объясненіе факту преобладанія чувствъ симпатіи надъ чувствами антипатіи, а считаетъ это обстоятельство просто счастливой случайностью, которая слѣдовательно могла и не наступить.

---

[1]) „It is fortunate, that the sources of sympathy are constant and natural ..... while antipathies are accidental, and of course transitory..... they have nothing fixed nor determinate. Th. of legisl., p. 37.

Другой знаменитый сторонникъ эмпириче каго утилитаризма, Джонъ Стюартъ Миллъ, обратилъ вниманіе на главные недостатки системы Бентама и попробовалъ ихъ устранить. Не вдаваясь въ подробности, мы остановимся на двухъ главныхъ пунктахъ ученія Бентама, которыхъ касается попытка Д. С. Милля внести поправку въ утилитарную теорію нравственности.

Хорошо видя несостоятельность Бентамовой прикладной ариѳметики въ дѣлѣ оцѣнки удовольствій и страданій по исключительно количественному масштабу, Д. С. Миллъ сдѣлалъ попытку допустить возможность оцѣнки удовольствій по ихъ качеству. Совершенно совмѣстимо съ принципомъ пользы, говоритъ онъ, допустить что нѣкоторые виды удовольствій болѣе достойны чѣмъ другіе [1]). Хотя наблюдаются несомнѣнные случаи, когда люди предпочитаютъ низменныя и вредныя удовольствія благу несравненно болѣе цѣнному—здоровью, но я не вѣрю, говоритъ Д. С. Миллъ, я не вѣрю, чтобы люди могли сознательно предпочитать нисшаго сорта удовольствія высшимъ [2]).

Необходимость принять извѣстный аргументъ на вѣру есть уже само по себѣ прекрасное доказательство непригодности доказываемаго этимъ путемъ положенія. Но кромѣ того, если мы вдумаемся въ способы, которые у насъ имѣются для оцѣнки удовольствій по ихъ качеству, то по справедливому разсужденію Гюйо—мы придемъ къ заключенію, что для оцѣнки удовольствій по ихъ качеству мы не имѣемъ иныхъ путей кромѣ оцѣнки 1) по количественнымъ различіямъ, 2) по моральному достоинству этихъ удовольствій. И само собою разумѣется что ни того ни другаго способа оцѣн-

---

[1]) J. S. Mill, Utilitarianism: „It is quite compatible with the principle of utility to recognise the fact, that some k i n d s of pleasure are more desirable and more valuable than others", p. 11.

[2]) Mill, o. c., p. 14: „I do not believe that those .... voluntarily choose the lower description of pleasures in preference to the higher".

ки удовольствій по качеству Д. С. Милль не могъ имѣть въ виду [1]).

Вторая поправка, внесенная Д. С. Миллемъ въ теорію Бентама, касается еще гораздо болѣе важнаго вопроса. Д. С. Милль дѣлаетъ попытку объяснить происхожденіе чувствъ симпатіи, играющихъ несомнѣнно весьма важную роль въ жизни людей, въ особенности въ области нравственныхъ побужденій, стремленій и требованій. Люди живутъ постоянно въ обществѣ, связанные взаимными интересами сотрудничества [2]); отсюда является сознаніе, хотя бы и временное, преходящее, взаимной солидарности; потомъ человѣкъ привыкаетъ вообще считать свои интересы солидарными съ интересами другихъ людей, откуда постепенно и развивается привычка считать благо другихъ какъ бы необходимымъ условіемъ нашего собственнаго существованія [3]) Такъ создается въ умахъ людей неразрывная ассоціація между ихъ собственнымъ и общимъ благомъ [4]). Эта ассоціація еще болѣе развивается и укрѣпляется благодаря воспитанію, которое направляется къ культивированію соціальныхъ чувствъ [5]), благодаря чему добродѣтель вообще становится не только средствомъ достигнуть счастья, но является сама по себѣ желательной, дѣлается элементомъ того счастья, къ которому мы стремимся [6]). Даже вещи сами по себѣ индифферентныя, но ассоціированныя въ нашемъ представленіи съ удовлетвореніемъ какихъ нибудь нашихъ потребностей и желаній, становятся наконецъ сами по себѣ источникомъ удовольствія для насъ [7]) и жизнь.

---

1) M. Guyau, La morale anglaise contemporaine, p. 230—244.

2) J. S. Mill, Utilitarianism, p. 47.

3) O. c., p. 48.

4) ...... to establish in the mind of every individual an indissoluble association between his own happiness and the good of the whole. O. c., p. 25; тоже повторяется на стр. 46, 60 и др.

5) O. c., p. 25, 46.

6) O. c., p. 55.

7) O. c., p. 56.

говоритъ Д. С. Милль, была бы очень печальна (Life would be a poor thing), если бы это было не такъ.

Однако, вмѣстѣ съ Гюйо, [1]) мы можемъ сказать, что основывать систему морали на простой ассоціаціи идей—по меньшей мѣрѣ рискованно. Ассоціація идей есть связь чисто внѣшняя, случайная, и постановка Д. С. Миллемъ всей системы морали въ зависимость отъ ассоціаціи идей нисколько не лучше уясняетъ дѣло, чѣмъ Бентамовъ принципъ симпатіи.

Если бы Д. С. Милль остановился только на этомъ объясненіи возникновенія и смысла общественныхъ добродѣтелей изъ закона ассоціаціи идей, то мы были бы вправѣ сказать, что онъ нисколько не подвинулъ впередъ утилитарную философію по сравненію съ Бентамомъ. Но у Д. С. Милля мѣстами проглядываетъ иная точка зрѣнія, правда слабо развитая и недостаточно рельефно выставленная, но тѣмъ не менѣе составляющая несомнѣнно важный шагъ впередъ въ разбираемомъ нами отношеніи. Онъ не разъ высказываетъ ту мысль, что законы нашей соціальной организаціи таковы, что интересы отдѣльныхъ индивидуумовъ находятся въ гармоніи съ интересами цѣлаго общества, что только при этомъ условіи можетъ существовать общество [2]). Это уже большой шагъ впередъ. Здѣсь Д. С. Милль не только ставитъ вопросъ о происхожденіи и значеніи соціальныхъ чувствъ, но и до нѣкоторой степени разрѣшаетъ этотъ вопросъ. Онъ правильно обращаетъ вниманіе на солидарность интересовъ въ обществѣ, откуда съ непреложной необходимостью должны

---

[1]) M. Guyau, O. c., pp. 282—293.

[2]) O. c., p. 25: „...... laws and social arrangements schould place the happiness, or (as speaking practically it may be called) the interest, of every individual, as nearly as possible in harmony with the interest of the whole". O. c., p 47: „Society between equals can only exist on the understanding that the interests of all are to be reguarded equally".

вытекать чувства симпатіи отдѣльныхъ членовъ общества другъ къ другу.

Но такая точка зрѣнія проглядываетъ у Милля мелькомъ, какъ бы между прочимъ. главный же центръ тяжести всѣхъ его разъясненій и доказательствъ лежитъ въ признаніи и въ настойчивомъ утвержденіи, что сознаніе каждымъ человѣкомъ солидарности своихъ интересовъ съ интересами общества зиждется на ассоціаціи идей, основанной на ежедневно наблюдаемыхъ фактахъ солидарности нашихъ интересовъ съ интересами другихъ во время кооперативной дѣятельности, причемъ это сознаніе солидарности укрѣпляется въ людяхъ воспитаніемъ.—Заслуга развитія правильнаго воззрѣнія на принципъ пользы принадлежитъ Герберту Спенсеру, поставившему утилитаризмъ на прочное основаніе эволюціонной философіи.

Глава 2-я.

Утилитарно-эволюціонная мораль и ея значеніе.

Гербертъ Спенсеръ далъ правильное обоснованіе утилитаризму на одиннадцать лѣтъ ранѣе чѣмъ появилось сочиненіе Д. С. Милля объ утилитаризмѣ [1]). Но такъ какъ на его философскія доктрины надлежащее вниманіе обращено было гораздо позднѣе, такъ какъ Г. Спенсеръ и въ настоящее время продолжаетъ развивать въ разныхъ сочиненіяхъ и статьяхъ свою теорію, и такъ какъ по своему содержанію утилитаризмъ Спенсера стоитъ несравненно выше утилитаризма не только Бентама, но и Д. С. Милля—мы вправѣ счесть его этическія воззрѣнія какъ бы дальнѣйшимъ развитіемъ доктрины утилитаризма, хотя—повторяю—его обоснованіе утилитаризма предшествуетъ таковому Д. С. Милля.

Если Бентамъ, читаемъ мы у Спенсера, относится отрицательно къ нравственнымъ чувствамъ, называя ихъ анархическимъ и капризнымъ принципомъ произвольнаго сужденія, то его собственный критерій--принципъ наибольшаго счастія (greatest happiness)—вдвойнѣ ошибоченъ. У всѣхъ утилитаристовъ остается вѣчно нерѣшеннымъ вопросъ, что такое польза (what is utility)?—вопросъ, который при появленіи каждаго новаго сочиненія по этому предмету, вызываетъ без-

---

[1]) „Utilitarianism“ Милля появился въ „Fraser's Magazine“ въ 1861 году, а „Social Statics“ Спенсера вышло въ 1850 году.

конечные споры [1]) —вѣдь понятія о счастіи такъ различны [2]).

Съ другой стороны Спенсеръ указываетъ, что если бы мы вздумали въ поведеніи нашемъ руководствоваться сознательными расчетами по правиламъ Бентама, то наши изслѣдованія ожидаемыхъ послѣдствій были бы такъ продолжительны, самый этотъ процессъ былъ бы такъ сложенъ, рѣшенія такъ трудны, что вся наша жизнь была бы наполнена этимъ вычисленіемъ вѣроятныхъ послѣдствій нашихъ поступковъ [3]).

Методъ, которому слѣдуетъ природа, вовсе не таковъ. Въ насъ, путемъ приспособленія къ окружающимъ насъ условіямъ жизни, вырабатывается непосредственное стремленіе къ поступкамъ извѣстнаго рода. [4]) Въ частности извѣстнаго рода регулированное поведеніе (upright conduct) необходимо для всеобщаго блага, почему и существуютъ въ насъ непосредственные импульсы къ такому поведенію, называемые нравственнымъ чувствомъ (Moral Sense). [5]) Отсюда слѣдуетъ, что зло есть слѣдствіе недостаточнаго приспособленія и что по общему всѣмъ жизненнымъ явленіямъ закону приспособляемости—зло постепенно должно исчезать. Все, что живетъ, начиная съ элементарной клѣточки и кончая самимъ человѣкомъ, повинуется этому закону приспособленія къ окружающимъ условіямъ. [6]) Человѣкъ не составляетъ исключенія ни въ чисто-физическомъ отношеніи, ни въ психическомъ. [7]) Хорошенько усвоивъ себѣ эти истины, что зло есть результатъ недостаточной приспособленности и что эта неприспо-

---

[1]) H. Spencer, Social Statics, 3-d thousand, 1868. p. 40.

[2]) O. c., p. 15. „...the standard of „greatest happiness“ possesses as little fixity as the other exponents of human nature“.

[3]) O. c., p. 30.

[4]) O. c., p. 30.

[5]) O. c., p. 31.

[6]) O. c, p. 74.

[7]) O. c., p. 74 and 75.

собленность постепенно уменьшается вслѣдствіе измѣненія внутренней конституціи сообразно внѣшнимъ условіямъ, [1]) мы говоритъ далѣе Спенсеръ, придемъ къ неизбѣжному и вѣрному заключенію, что человѣческія способности видоизмѣняются въ направленіи наибольшей приспособленности къ соціальнымъ условіямъ, что зло и безнравственность должны постепенно исчезнуть и что люди неизбѣжно современемъ достигнутъ въ этомъ отношеніи совершенства [2]).

И если мы видимъ воочію несовершенство людей на каждомъ шагу, то это объясняется лишь недостаточной ихъ приспособленностью къ современнымъ соціальнымъ условіямъ жизни, переживаніемъ качествъ свойственныхъ предшествующимъ хищническимъ условіямъ жизни [3]). Прогрессъ, слѣдовательно, представляется не случайнымъ явленіемъ, а естественной необходимостью [4]).

Въ изложенныхъ положеніяхъ заключается вся сущность этическаго ученія Спенсера. Въ дальнѣйшихъ своихъ трудахъ онъ лишь развивалъ эти идеи, приводилъ ихъ въ болѣе стройную систему и обставлялъ болѣе подробными и вѣскими доказательствами, видоизмѣняя при этомъ и основную философскую точку зрѣнія сообразно прогрессу эволюціонной теоріи, съ теченіемъ времени наступившему. Въ «Social Statics», изданномъ за восемь лѣтъ до появленія Дарвинова «Происхожденія видовъ», Спенсеръ стоитъ еще въ біологическихъ вопросахъ на точкѣ зрѣнія Ламарка, видѣвшаго факторъ эволюціи въ наслѣдственной передачѣ признаковъ пріобрѣтенныхъ путемъ упражненія органовъ для приспособ-

---

[1]) O. c., p. 77.

[2]) O. c., p. 80.

[3]) O. c., p. 77.

[4]) O. c., p. 80 „Progress, therefore, is no accident, but a necessity“.

ленія къ внѣшнимъ условіямъ [1]), и Эразма Дарвина [2]), высказавшаго тѣ же мысли одновременно и даже нѣсколько раньше Ламарка. Когда въ 1858 году одновременно Чарльзомъ Дарвиномъ и Альфредомъ Рёсселемъ Уоллесомъ былъ формулированъ законъ естественнаго отбора [3]), то несмотря на увлеченіе этимъ новымъ принципомъ и на пренебреженіе, съ которымъ стали относиться къ Ламарку, смѣшивая его воззрѣнія съ воззрѣніями Бюффона, проповѣдывавшаго *прямое* вліяніе окружающихъ условій на измѣнчивость организмовъ, Гербертъ Спенсеръ остался вѣренъ своей первоначальной точкѣ зрѣнія приспособляемости организмовъ, но не оставилъ безъ должнаго вниманія и вновь открытый факторъ эволюціи—естественный отборъ вслѣдствіе борьбы за существованіе—и ввелъ его какъ факторъ эволюціи въ свою систему подъ именемъ косвеннаго уравновѣшенія (Indirect Equilibration) [4]).

Благодаря этому въ дальнѣйшихъ трудахъ своихъ Спенсеръ могъ развивать свои первоначальныя положенія почти не измѣняя терминологіи и выработалъ на тѣхъ началахъ, которыя послужили основою для «Social Statics», полную и законченную этическую систему.

Краеугольнымъ камнемъ всей эволюціонной философіи Спенсера является идея уравновѣшенія. Міровой процессъ

---

[1]) Ламаркъ въ сжатомъ видѣ формулировалъ свои воззрѣнія въ „Histoire Naturelle des Animaux sans vertèbres“ въ извѣстныхъ четырехъ положеніяхъ, изъ которыхъ послѣднее гласитъ: „Tout ce qui a été acquis, tracé ou changé dans l'organisation des individus, pendant le cours de leur vie, est conservé par la génération et transmis aux noveaux individus qui proviennent de ceux qui ont éprouvé ces changements“.

[2]) Въ „Zoonomia“ мы читаемъ: „...all animals undergo transformations which are in part produced by their own exertions, in response to pleasures and pains, and many of these acquired forms or propensities are transmitted to their posterity“.

[3]) Въ 3-мъ томѣ Journal of Linnean Society.

[4]) The Principles of Biology, vol. I, Part III, chapter 12.

есть движеніе въ направленіи разсѣянія, расхожденія (Divergence) силъ и одновременнаго уравновѣшенія тѣхъ изъ нихъ, которыя находятся въ состояніи антагонизма [1]. Это же начало уравновѣшенія антагонизирующихъ силъ положено Спенсеромъ въ основу его этическаго ученія. Эволюція поведенія какъ и всякая другая эволюція, повинуется этому закону уравновѣшенія. Я не имѣю въ виду, говоритъ Спенсеръ, равновѣсіе какъ покой смерти, я разумѣю подвижное равновѣсіе [2]. Съ какой точки зрѣнія мы ни взглянемъ на эволюцію морали—мы вездѣ прослѣдимъ дѣйствіе этого великаго закона. Съ чисто-физической точки зрѣнія правила нравственнаго поведенія обезпечиваютъ людямъ наиболѣе уравновѣшенный характеръ отношеній къ внѣшнему міру съ наименьшею тратою силъ [3]. Съ біологической точки зрѣнія нравственное поведеніе обезпечиваетъ человѣку равновѣсіе функцій его организма [4], такъ какъ жизнь есть совокупность функцій организма, осуществляющихъ приспособленіе отношеній внутреннихъ къ отношеніямъ внѣшнимъ [5], и недостаточное или излишнее отправленіе какой бы то ни было функціи вредно отзывается на жизненномъ процессѣ [6].

Съ психологической точки зрѣнія развивающіяся въ насъ нравственныя чувства обезпечиваютъ намъ тоже самое уравновѣшеніе, научая насъ сообразоваться съ важными, хотя бы и отдаленными результатами, а не предпочитать имъ мимолетныя влеченія. Достигается это отчасти собственнымъ

---

1) First Principles, Part II, Chapter 22.

2) The Data of Ethics, p. 71: „Evolution in conduct considered under its moral aspect, is like all other evolution, towards equilibrium. I do not mean that it is towards the equilibrium reached at death.....but I mean that it is towards a moving equilibrium".

3) O. c., p. 71—73.

4) O. c., p. 98.

5) O. c., p. 19, 75

6) O. c., p. 75.

опытомъ, отчасти унаслѣдованными результатами опыта предковъ и, какъ вторичнымъ моментомъ, усиливается вліяніемъ трехъ санкцій—политической, религіозной и соціальной [1]). Съ соціологической точки зрѣнія этика является ничѣмъ инымъ какъ опредѣленными нормами поведенія, приспособленными къ общественной жизни [2]). Въ дальнѣйшемъ изложеніи Спенсеръ разбираетъ подробно смыслъ и значеніе эгоизма и альтруизма въ жизни людей и приходитъ къ заключенію, что и то и другое свойство одинаково для людей необходимо, что въ правильно организованномъ обществѣ эти двѣ тенденціи должны находиться въ состояніи возможно болѣе близкомъ къ равновѣсію [3]) и что люди постепенно приближаются къ этому идеальному уравновѣшенію [4]). Такое состояніе идеальнаго равновѣсія между личными стремленіями каждаго индивидуума и общественными требованіями, такой порядокъ, который обусловитъ подобное равновѣсіе, Спенсеръ называетъ абсолютной этикой, а всѣ несовершенные моральные кодексы—относительной этикой (Absolute Ethics, Relative Ethics). [5])

Изъ этого краткаго изложенія видно, что этическія воззрѣнія Спенсера могутъ быть сведены въ слѣдующую формулу—нравственный кодексъ есть совокупность правилъ поведенія, полезныхъ для отдѣльныхъ индивидуумовъ и для общества и вырабатывающихся путемъ приспособленія къ условіямъ жизни.

Важную заслугу опредѣленія истиннаго характера морали раздѣляетъ съ Спенсеромъ великій натуралистъ Чарльзъ Дарвинъ, который высказываетъ тѣже мысли, но нѣсколько съ иной точки зрѣнія. Хотя Дарвинъ и признаетъ наслѣд-

---

1) O. c., p. 120, 122, 126.
2) O. c., p. 133 a. foll.
3) O. c., p. 243.
4) O. c., p. 251, 275 a. oth.
5) O. c., p. p. 268, 275 a. oth.

ственную передачу пріобрѣтенныхъ свойствъ [1]), но выводитъ теорію нравственныхъ чувствъ главнымъ образомъ основываясь на принципѣ борьбы за существованіе и естественнаго отбора.

Нравственныя чувства, говоритъ Дарвинъ, развились изъ общественныхъ инстинктовъ [2]). Общественныя животныя оказываютъ другъ другу различныя услуги [3]), такъ что у общительныхъ животныхъ развиваются чувства взаимной привязанности, участія, состраданія [4]), и такъ какъ чувства взаимной привязанности, обмѣнъ услугъ, защита сочленовъ общества въ несчастіи и другія подобныя качества являются полезными для обществъ а слѣдовательно и для вида вообще [5]), то они закрѣпляются путемъ естественнаго отбора, такъ какъ животныя, у которыхъ такія качества сильнѣе развиты, имѣютъ болѣе вѣроятности пережить другихъ [6]). По отношенію къ людямъ дѣйствуетъ конечно тотъ же законъ: «никакое общество не ужилось бы вмѣстѣ, еслибы убійство, грабежъ, измѣна и т. п. были распространены между его членами; вотъ почему эти преступленія въ предѣлахъ своего племени клеймятся вѣчнымъ позоромъ» [7]). Указывая на неправильность воззрѣній эмпирическаго утилитаризма, выводящаго нравственныя чувства изъ сознательнаго стремленія къ наибольшему счастію,— такъ какъ было бы нелѣпо говорить о происхожденіи общественныхъ инстинктовъ низшихъ животныхъ изъ себялюбія или изъ желанія счастія обществу—Дарвинъ объясняетъ, что

---

1) Въ началѣ Дарвинъ все свое вниманіе сосредоточилъ на факторѣ естественнаго отбора, но къ концу жизни, особенно въ письмахъ, онъ прямо указываетъ и унаслѣдованіе пріобрѣтенныхъ признаковъ.

2) Происхожденіе человѣка, т. 1-й, стр. 74—75; 105.

3) О. с., стр. 79.

4) О. с., стр. 80—81.

5) О. с., стр. 89; 105.

6) О. с., стр. 89-90.

7) О. с., стр. 101.

подъ словомъ «общее благо» должно понимать «средства, благодаря которымъ возможно большее число особей можетъ вырости въ полномъ здоровьи и силѣ и развить всѣ свои способности при данныхъ условіяхъ» [1]). Т. е. Дарвинъ признаетъ основной принципъ утилитаризма о наибольшемъ благѣ наибольшаго числа людей, но даетъ ему твердое обоснованіе на началахъ эволюціонной теоріи согласно принципу естественнаго отбора. Высшія умственныя способности членовъ даннаго общества или племени несомнѣнно даютъ ему огромныя преимущества и позволяютъ ему размножаться и вытѣснять другія племена [2]). Тоже должно сказать и о нравственныхъ качествахъ: «хотя высокій уровень нравственности даетъ каждому человѣку въ отдѣльности и его дѣтямъ лишь весьма небольшія преимущества надъ другими членами того же племени, или не приноситъ имъ никакихъ выгодъ, тѣмъ не менѣе общее повышеніе этого уровня и увеличеніе числа даровитыхъ людей несомнѣнно даетъ огромный перевѣсъ одному племени надъ другимъ» [3]). И чѣмъ выше ступень цивилизаціи, на которой стоитъ данный народъ, тѣмъ вліяніе естественнаго отбора въ области нравственныхъ качествъ сказывается сильнѣе. Преступники элиминируются или исправляются, лица страдающія умственнымъ разстройствомъ содержатся въ лѣчебницахъ, безпокойные элементы общества, не находя простора своимъ дурнымъ наклонностямъ, сами выселяются изъ страны [4]) и такимъ образомъ вышеказанныя категоріи вредныхъ обществу индивидуумовъ не оставляютъ потомства или оставляютъ его въ незначительномъ числѣ. Неумѣренный образъ жизни и развратное поведеніе также губительны для лицъ, подверженныхъ порокамъ, и для ихъ потомства [5]).

---

[1]) O. c., стр. 106.
[2]) O. c., стр. 177, 179.
[3]) O. c., стр. 185.
[4]) O. c., стр. 193.
[5]) O. c., стр. 193.

Итакъ, мы видимъ, что Дарвинъ въ вопросѣ о происхожденіи нравственныхъ чувствъ почти исключительное вниманіе отдавалъ началу естественнаго отбора и его теорія нравственныхъ чувствъ можетъ быть формулирована слѣдующимъ образомъ: такъ какъ многіе животные виды ведутъ борьбу за существованіе, соединяясь въ общества, въ формѣ коллективной борьбы за существованіе, такъ какъ человѣкъ примѣняетъ почти исключительно эту форму борьбы за существованіе, то солидарныя отношенія между сочленами обществъ вырабатываются естественнымъ отборомъ какъ полезныя виду свойства и порядокъ, который такимъ образомъ воцаряется въ обществѣ, называется нравственностью.

Вслѣдъ за Спенсеромъ и Дарвиномъ появилась цѣлая плеяда этиковъ эволюціонистовъ, которые видоизмѣняютъ ихъ воззрѣнія въ частностяхъ, иногда даже критикуютъ ихъ, но въ общемъ и цѣломъ всетаки остаются вѣрны основнымъ воззрѣніямъ, нашедшимъ выраженіе въ трудахъ этихъ двухъ великихъ мыслителей [1]). Мы не можемъ входить въ изложеніе и разсмотрѣніе воззрѣній всѣхъ этихъ писателей, такъ какъ

---

[1]) Сюда относятся: Alfred Barrat, „Physical Ethics", 1869; B. Carneri „Sittlichkeit und Darwinismus", 1881; John Fiske, „Outlines of cosmic philosophy", 1874 и „The Destiny of Man" 1884; Leslie Stephen, „The science of Ethics", 1882; W. H. Rolph „Biologische Probleme"; Paul Ree въ послѣднемъ сочиненіи „Die Entstehung des Gewissens", 1885; Harald Höffding, „Ethik" 1887; Georg von Gizycki, „Moralphilosophie", 1889; S. Alexander „Moral order and Progress", 1889; C. M. Williams „A Review of the systems of Ethics founded on the Theory of evolution", 1893 (chapters VIII and IX); Th. Fowler "Progressive morality" 1895; Ch. Rappoport, „Die sociale Frage und die Ethik", 2-e Auflage, 1895; сюда же долженъ быть отнесенъ Ernst Haeckel, который не писалъ спеціальныхъ сочиненій по этикѣ, но вообще неоднократно высказывается по вопросу о происхожденіи нравственности совершенно въ томъ-же смыслѣ, какъ Дарвинъ. Довольно странное впечатлѣніе производятъ писатели, какъ G. Richard, „L'origine de l'idée du droit" 1892, Durkheim „De la division du travail social", 1893, которые становятся на эволюціонную точку зрѣнія и въ тоже время, вмѣсто того чтобы объяснить утилитаризмъ съ этой точки зрѣнія, жестоко на него нападаютъ.

это прямо не относится къ предмету нашего изслѣдованія Для цѣлей дальнѣйшаго изложенія достаточно сдѣланнаго ознакомленія съ результатами приложенія идеи эволюціонизма въ области науки о нравственности, заключающимися въ приданіи строго научнаго характера эмпирическому утилитаризму и выражающимися въ признаніи, что моральныя качества являются такими же свойствами живыхъ существъ, измѣнчивыми сообразно условіямъ существованія, какъ и всѣ другія ихъ свойства и качества; что моральныя качества создаются путемъ естественнаго отбора и наслѣдственной передачи полезныхъ пріобрѣтенныхъ признаковъ какъ полезныя виду свойства; и что этотъ процессъ выработки нравственности еще продолжается въ направленіи все большей и большей приспособленности. Мы могли бы на этомъ даже покончить наши вступительныя разсужденія и обратиться къ непосредственной цѣли, къ общей теоріи права въ ея историческомъ развитіи начиная съ возникновенія исторической школы, и въ ея современномъ состояніи—еслибы за послѣднія пятнадцать лѣтъ не возникло новое движеніе въ области біологическаго эволюціонизма, отразившееся довольно замѣтно и въ области науки о нравственности въ смыслѣ отрицанія основъ современной морали. Въ размѣрахъ и значеніи этого движенія мы должны дать себѣ отчетъ.

Глава 3-я.

Мораль нео-дарвинизма и ея критика.

Со времени появленія сочиненій Августа Вейсмана о наслѣдственности—въ средѣ ученыхъ біологовъ появился нѣкоторый расколъ; идея такъ называемой непрерывности зародышевой плазмы получила въ трудахъ этого ученаго и его послѣдователей особое развитіе и своеобразное освѣщеніе.

Въ основѣ этой идеи лежитъ вѣрное соображеніе. Явленіе размноженія, въ какой бы формѣ оно ни совершалось (дѣленіемъ-ли, почкованіемъ, путемъ чередующагося размноженія или чисто половымъ путемъ—метаніемъ икры, кладкой яицъ или живорожденіемъ), представляетъ собою ничто иное какъ воспроизведеніе дочернихъ организмовъ изъ тканей материнскаго тѣла. Разъ такая общность тканей у поочередно смѣняющихъ другъ друга поколѣній существуетъ, то представляется несомнѣннымъ, что нѣкоторая часть живаго вещества даннаго организма не умираетъ, а живетъ въ его ближайшемъ потомствѣ, которое въ свою очередь оставляетъ жить нѣкоторую часть собственной тѣлесной субстанціи въ своемъ потомствѣ и т. д. Слѣдовательно это живое вещество тянется какъ бы непрерывной нитью въ преемственномъ ряду постепенно другъ отъ друга нарождающихся индивидуумовъ и, очевидно, представляетъ тотъ путь, ту среду, которая передаетъ потомству организацію и вообще качества предковъ. Такія соображенія остановили на себѣ вниманіе извѣстнаго

нѣмецкаго ботаника Негели, который и построилъ на нихъ свою теорію идіоплазмы. Негели полагаетъ что въ живомъ организованномъ тѣлѣ существуетъ нѣкая идіоплазма, входящая составною частью въ клѣточныя ядра всего тѣла, имѣющая различныя свойства въ ядрахъ клѣтокъ различныхъ тканей, но представляющая собою одно связное цѣлое, какъ бы плазматическую сѣть, которая распространяется во всемъ тѣлѣ и является молекулярной основой, опредѣляющей его строеніе и свойства. Остальныя составныя части тѣла образуютъ лишь носителя идіоплазмы и называются питательной плазмой (Nährplasma, Trophoplasma). При размноженіи часть идіоплазмы отдѣляется, переходитъ въ половые продукты и затѣмъ въ тѣло новаго организма, перенося на него in potentia свойства перваго организма [1]).

Вейсманъ пошелъ далѣе Негели. Онъ утверждаетъ, что часть идіоплазмы, предназначенная для воспроизведенія потомства, очень рано отдѣляется отъ остальной плазмы тѣла, и на этомъ основаніи идіоплазму Негели переименовываетъ въ зародышевую плазму. Зародышевая плазма, по теоріи Вейсмана, весьма рано раздѣляется на двѣ части: одна часть остается неизмѣнной во все время развитія организма, сохраняется въ области органовъ воспроизведенія и предназначена для цѣлей размноженія—это зародышевыя клѣтки (Keimzellen); другая часть зародышевой плазмы развивается, дифференцируется и превращается въ такъ называемыя соматическія клѣтки, образующія самое тѣло индивидуума. Размноженіе совершается путемъ отдѣленія части зародышевой плазмы, сохраняющейся неизмѣнно въ нѣдрахъ организма въ видѣ зародышевыхъ клѣточекъ; эта зародышевая плазма распадается вновь на двѣ части, изъ которыхъ одна остается въ неизмѣнномъ видѣ какъ зародышевыя клѣтки, а другая дифференцируется въ

---

[1]) C. v. Naegeli, Mechanisch—physiologische Theorie der Abstammungslehre, 1883.

соматическія клѣтки. Изъ этой теоріи непрерывности зародышевой плазмы Вейсманъ выводитъ весьма важное слѣдствіе: если зародышевыя клѣтки, содержащія неизмѣненную, предназначенную для цѣлей размноженія, зародышевую плазму, рано и совершенно отдѣляются отъ соматическихъ клѣтокъ, то никакія измѣненія въ структурѣ послѣднихъ не могутъ вызвать соотвѣтствующихъ измѣненій въ зародышевой плазмѣ; отсюда слѣдуетъ, что пріобрѣтенныя свойства не передаются по наслѣдству и что единственнымъ факторомъ эволюціи является естественный отборъ.

Вейсманъ имѣетъ довольно много послѣдователей и между прочимъ его идеи вызвали нѣкоторое новое движеніе въ области науки о нравственности.

Если согласиться съ Вейсманомъ и признать, что единственнымъ факторомъ эволюціи является естественный отборъ, то придется отвергнуть основы современной морали. Этики, стоящіе на точкѣ зрѣнія Дарвина и Спенсера, признаютъ всѣ основоположенія современной морали и только даютъ имъ и происхожденію ихъ научное объясненіе. Не такъ смотрятъ послѣдователи Вейсмана. Если единственнымъ факторомъ эволюціи признать естественный отборъ, то должно допустить, что борьба за существованіе играетъ первенствующую роль въ процессѣ эволюціи, такъ какъ естественный отборъ можетъ дѣйствовать лишь тогда, когда имѣется на лицо болѣе живыхъ организмовъ, чѣмъ средствъ для ихъ существованія. Если такъ, то значитъ въ этой борьбѣ за существованіе должны существовать побѣждающіе и побѣждаемые. Слѣдовательно современная нравственность съ ея требованіями любви къ ближнему, милосердія, сострданія, равнаго для всѣхъ права на жизнь—не выдерживаетъ критики. Побѣдители должны истреблять побѣждаемыхъ, не должно дозволять размножаться слабымъ, больнымъ, уродамъ, порочнымъ людямъ, такъ какъ сохраненіе слабыхъ, заботы о ихъ здоровьи и благополучіи (такъ называемый медицинскій потборъ) влекутъ за собой вырожденіе и въ будущемъ гибель человѣчества.

Уже Гексли замѣтилъ это противорѣчіе между законами природы и человѣческой нравственности. Природа безжалостна, естественный отборъ есть истребленіе слабѣйшихъ для пользы сильнѣйшихъ—между тѣмъ нравственность требуетъ любви къ ближнему, состраданія, помощи слабому и т. д., почему Гексли высказалъ довольно парадоксальное положеніе, что хотя человѣкъ подчиненъ космическому процессу, но тѣмъ не менѣе борется съ нимъ и стремится выйти изъ подчиненія ему [1]). Сознаніе этого противорѣчія между современной нравственностью и эволюціонной теоріей привело другихъ писателей къ отрицанію основъ современной морали. Джемсъ Морисонъ [2]) обращаетъ вниманіе на то обстоятельство, что люди предусмотрительные и благоразумные женятся поздно и рождаютъ мало дѣтей. Люди же легкомысленные, безнравственные и склонные къ преступности размножаются сколько могутъ. Это влечетъ за собою самыя печальныя послѣдствія для человѣчества и нужно всѣми мѣрами такому порядку вещей противодѣйствовать какъ путемъ правильнаго воспитанія, такъ и ограниченіемъ свободы вступленія въ бракъ. Съ другой стороны, огромный вредъ человѣчеству приносится сохраненіемъ жизни значительнаго числа больныхъ, благодаря улучшеннымъ методамъ лѣченія. Размноженію такихъ больныхъ наслѣдственными болѣзнями также надо полагать предѣлъ болѣе строгими законами о бракахъ. Френсисъ Гальтонъ, всецѣло отрицая наслѣдственную передачу пріобрѣтенныхъ признаковъ, хорошо сознавая необходимость бороться съ опасностью вырожденія человѣчества, но съ другой стороны находя устраненіе отъ брака людей съ плохой организаціей слишкомъ жестокимъ, предлагаетъ покровительствовать раннимъ бракамъ между лучшими предста-

[1]) Evolution and Ethics, p.p. 35—36; 81—83.

[2]) James Cotter Morison, „The Service of Man“, 1888. Цитирую по A. Tille, „Von Darwin bis Nietzsche“, S. S. 143 ff.

вителями обоихъ половъ, обезпечивая имъ средства къ жизни и воспитанію возможно бо́льшаго числа дѣтей [1]). Уоллесъ, возражая Гальтону, что намъ нужно повышеніе уровня культуры для всей массы, а вовсе не для отдѣльныхъ избранныхъ [2]), предлагаетъ иныя средства. Отвергая, вмѣстѣ съ Гальтономъ и Вейсманомъ, наслѣдственную передачу пріобрѣтенныхъ признаковъ, считая естественный отборъ единственнымъ средствомъ прогресса, онъ предлагаетъ [3]) улучшить образованіе и матеріальное положеніе женщинъ, чтобы развить въ нихъ потребность и доставить имъ возможность выбирать въ мужья людей лучшихъ, а не безразлично хорошихъ и дурныхъ, лишь бы богатыхъ [4]). Идея необходимости улучшенія человѣчества какъ вида проглядываетъ вскользь у Карнери, Бессера, Раденгаузена, Бюхнера [5]), Рольфа [6]) и полнаго развитія въ духѣ Вейсманова эволюціонизма достигаетъ у Фридриха Ницше.

Ницше излагаетъ свои идеи скорѣе въ поэтической, чѣмъ въ научно-философской формѣ, но это не умаляетъ его значенія. Хотя Ницше нигдѣ не касается въ своихъ сочиненіяхъ эволюціонной теоріи, однако по содержанію его воззрѣній мы можемъ съ полнымъ правомъ причислить его къ эволюціоннымъ утилитаристамъ Вейсманова направленія. Правда, мы не найдемъ у него никакихъ прямыхъ указаній на знакомство его съ этими вопросами, но хотя бы даже пришлось допу-

---

[1]) См. A. Tille, O. c., S. S. 147—148.

[2]) Alfred R. Wallace, „Human Selection“, The Fortnightly Review, vol. XLVIII, New series, 1890, p. 328.

[3]) Ibidem, p.p. 331—335.

[4]) Въ этомъ смыслѣ высказывается Hiram M. Stanley; Grant Allen предлагаетъ, чтобы дѣвицы выбирали себѣ временныхъ (!) мужей изъ лучшихъ молодыхъ людей. См. Wallace, O. c., p.p. 328, 329.

[5]) См. Tille, O. c., S.S. 175, 178, 189, 197 ff.

[6]) Rolph, „Biologische Probleme“. По Рольфу не борьба есть стимулъ прогресса, а избытокъ средствъ существованія.

стить, что онъ только интуитивно предугадалъ вейсманизмъ— мы всетаки должны его причислить къ сторонникамъ эволюціонизма этой фракціи.

Ницше прямо высказалъ мысль о необходимости совершенствованія рода человѣческаго, онъ первый произнесъ великое и страшное слово «сверхчеловѣкъ» (Übermensch). Онъ ожидаетъ, что создастся особая высшая раса, которая покоритъ себѣ человѣчество [1]). Всѣ живыя существа создали другія существа, высшія чѣмъ они сами; неужели одинъ человѣкъ составитъ исключеніе? Пройдя длинный путь отъ червя до человѣка, развѣ предпочтутъ люди возвратиться къ животному состоянію, развѣ они не превзойдутъ самихъ себя, не создадутъ сверхчеловѣка? [2]) Какой же путь указываетъ Ницше для этого? Его идея ясна—это естественный отборъ. Для вида не всѣ индивидуумы равны—vor dem Pöbel wollen wir nicht gleich sein! Надо создать новую мораль, такъ какъ современная мораль—мораль рабовъ: добродѣтелью она называетъ то, что свойственно слабому, добро отождествляется съ малодушіемъ, слабостью, безобидностью; пороками называются тѣ качества, которыхъ недостаетъ слабымъ и хилымъ, т. е. все то, что сильно, смѣло, страшно, побѣдоносно, самоувѣренно, властно [3]). Ради будущаго, изъ любви къ будущимъ поколѣніямъ «не щади своихъ ближнихъ»! поучаетъ Заратуштра, ибо современное человѣчество есть переходная стадія. Новая мораль учитъ насъ побѣждать, порабощать, уничтожать слабыхъ и чужихъ, чтобы самимъ развиваться, расширять свою дѣятельность, обогащаться, умножать свои потребности, достигать вообще высшихъ ступеней развитія жизненныхъ функцій [4]).

---

[1]) Fr. Nietzsche, „Jenseits von Gut und Böse", S. 251: „.... die Züchtung einer neuen über Europa regierenden Kaste". Ibid. S. 262 „....ein Typus wird fest und Stark"...

[2]) „Also sprach Zarathustra".

[3]) „Zur Genealogie der Moral", „Jenseits von Gut und Böse".

[4]) „Jenseits von Gut und Böse", S. 259 u. a.

Къ группѣ этиковъ-вейсманистовъ относятся еще Александръ Тилле и Бенжаминъ Киддъ.

Эволюціонная философія, говоритъ Александръ Тилле, приводитъ насъ къ идеалу усовершенствованія рода человѣческаго и руководить нами въ этомъ направленіи цолжна мораль эволюціонная, Gattungsmoral, какъ онъ её называетъ [1]). Идеалъ этой морали—усовершенствованіе человѣка какъ зоологическаго вида [2]). Современныя же условія жизни не только не благопріятствуютъ этому идеалу, но прямо вредятъ ему. Медицинская терапевтика сохраняетъ жизнь людямъ больнымъ и тѣмъ умножаетъ число больныхъ; призрѣніе бѣдныхъ способствуетъ развитію нищенства; кротость и милосердіе поощряютъ лѣнивыхъ, нерадивыхъ и глупыхъ; и мораль любви къ ближнему въ результатѣ такихъ заботъ о больныхъ и слабыхъ поощряетъ размноженіе этихъ больныхъ и слабыхъ и тѣмъ самымъ губитъ человѣчество [3]). Единственное средство противодѣйствовать злу — это не препятствовать дѣйствію естественнаго отбора. Вмѣсто блага и счастія всѣхъ и каждаго надо поставить цѣлью благо, счастіе и размноженіе лучшихъ, способнѣйшихъ [4]). Всякій согласится, говоритъ Тилле, что безразсудно простирать любовь къ ближнему до такихъ предѣловъ, когда неизлѣчимо-больному наслѣдственно-передаваемой болѣзнью мы, благодаря успѣхамъ медицины, не только сохраняемъ жизнь, но и доставляемъ ему возможность вступить въ бракъ, чтобы его болѣзнь перешла на дюжину дѣтей, которые потребуютъ отъ насъ во столько же разъ болѣе помощи, чѣмъ ихъ родитель [5]). Тоже самое должно сказать о людяхъ безнравственныхъ, порочныхъ и преступныхъ. Если лучшіе изъ насъ являются лишь переходной ступенью къ бу-

---

1) Alexander Tille, „Von Darwin bis Nietzsche“, S. 112.
2) O. c., S. 179: „Ideal der Hebung der Gattung“.
3) O. c., S. 112, 201.
4) O. c., S. 113.
5) O. c., S. 171.

дущему болѣе совершенному человѣчеству, то нечего жалѣть людей нисшаго типа (Darum heisst es gegen den Unterdurchschnittsmenschen hart zu werden [1]). Впрочемъ Тилле не проповѣдуетъ такой жестокой морали властителей (Herrenmoral), какъ Ницше. При современныхъ условіяхъ жизни, говоритъ Тилле, не нужно уничтожать индивидуумовъ, подлежащихъ элиминированію. Нужно лишь обязать ихъ не производить потомства [2]).

Бенжаминъ Киддъ, также горячій приверженецъ теоріи Вейсмана, исходя изъ тѣхъ же отправныхъ точекъ, приходитъ къ иному выводу. Единственнымъ факторомъ эволюціи онъ признаетъ естественный отборъ; чтобы возможенъ былъ отборъ нужна борьба, соперничество; чтобы было соперничество нужно размноженіе сверхъ средствъ существованія. Борьба за существованіе, соперничество должны существовать даже не только для развитія полезныхъ свойствъ, но и для сохраненія status quo, такъ какъ пріостановка борьбы за существованіе вызоветъ непремѣнно регрессъ вслѣдствіе панмиксіи [3]), повторяетъ Киддъ выводы Вейсмана. Отсюда Киддъ заключаетъ, что интересы индивидуума и интересы общества— противоположны. Большая масса населенія, такъ называемые нисшіе классы, работаютъ, страдаютъ, переносятъ лишенія ради другихъ и даже не ради теперь живущихъ, а ради будущихъ, неизвѣстныхъ намъ, нерожденныхъ еще поколѣній [4]). Что-же, спрашивается, заставляетъ этихъ людей жить трудясь и страдая, если нѣтъ раціональной санкціи для этого [5]). Чѣмъ работать для будущихъ поколѣній люди скорѣе должны бы позаботиться о себѣ въ настоящемъ и предпочесть, напримѣръ, соціалистическіе идеалы? Соціализмъ несомнѣнно повлечетъ за собою гибель народа, который осуществитъ его идеалы,

---

[1]) O. c., S. 234.
[2]) O. c., S. 115.
[3]) Benjamin Kidd, „Social Evolution", pp. 36—39.
[4]) O. c., pp. 64—65, 69, 75.
[5]) O. c., p. 73.

но для даннаго поколѣнія низшихъ классовъ онъ былъ бы благодѣяніемъ [1]). Почему-же люди не осуществляютъ соціалистическіе идеалы? Потому, отвѣчаетъ Киддъ, что тамъ, гдѣ нѣтъ для прогресса раціональной санкціи, есть санкція ультрараціональная—въ религіи [2]).

Таково движеніе въ области науки о нравственности, выросшее на почвѣ Вейсмановой теоріи. Охарактеризовавъ его, мы не будемъ въ напыщенныхъ фразахъ приходить въ благородное негодованіе передъ идеалами новой морали [3]), такъ какъ громкія фразы сами по себѣ едвали кого убѣдятъ, а попытаемся критически отнестись къ самой теоріи наслѣдственности Вейсмана, такъ какъ если она не вѣрна, то и

---

[1]) O. c., p. 75.

[2]) O. c., p. 108.

[3]) Любопытна критика Кидда нѣкимъ „сентиментальнымъ стилистомъ" Друммондомъ („Прогрессъ и эволюція человѣка", русскій переводъ 1896 г.), разсуждающимъ такъ: Киддъ признаетъ лишь борьбу за жизнь (57); но есть еще борьба за жизнь другихъ (11), безъ которой не было бы этихъ другихъ (34); жизнь поддерживается не только борьбой, но и самопожертвованіемъ (257—261), любовью, которая есть самостоятельный факторъ рядомъ съ борьбой за жизнь (263—264). Все размноженіе зиждется на любви и самопожертвованіи: дѣленіе клѣточки, цвѣтеніе растенія—это все акты любви и самопожертвованія (257, 259—261).

Приходится положительно удивляться наивности Друммонда Во первыхъ, въ своемъ риторическомъ увлеченіи онъ расходится съ фактами. Видѣть любовь и самопожертвованіе въ дѣленіи клѣтки и въ цвѣтеніи растенія—смѣшно. Говорить, что любовь такъ же стара какъ жизнь—прямо невозможно: какіе слѣды любви найдемъ мы у двудомныхъ напримѣръ растеній; у орхидей, оплодотворяемыхъ переносящими пыльцу насѣкомыми? Гдѣ любовь при партеногенетическомъ размноженіи? При чередующемся, напр., размноженіи съ гермафродитными формами въ родѣ паразитныхъ червей? Вѣдь самъ Друммондъ признаетъ, что материнство отсутствуетъ у низшихъ животныхъ: „всѣ элементарныя животныя сироты" (306). Во вторыхъ, развѣ Киддъ отвергаетъ принципы любви, борьбы за жизнь другихъ, страданій для другихъ? Онъ въ полной мѣрѣ признаетъ ихъ и лишь стремится дать имъ объясненіе. Друммондъ же то, чему Киддъ ищетъ объясненія, принимаетъ за аксіому и противопоставляетъ эту якобы аксіому Кидду въ видѣ критики!

всѣ ея приложенія въ области нравственныхъ и политическихъ теорій—сами собой падутъ.

Факты, положенные Вейсманомъ въ основу его теоріи, въ общихъ чертахъ слѣдующіе.

Во первыхъ, цѣлый рядъ наблюденій даетъ основаніе полагать, что вліяніе направляющее, опредѣляющее всѣ функціи и свойства живыхъ существъ—принадлежитъ клѣточному ядру. Такъ какъ характеръ конституціи и дѣятельности всѣхъ живыхъ существъ зависитъ отъ свойствъ клѣтокъ, слагающихъ ткани ихъ тѣла, а свойства клѣтокъ опредѣляются свойствами ядра, то слѣдовательно ядро есть универсальный факторъ всѣхъ жизненныхъ явленій [1]).

Во вторыхъ, существуютъ наблюденія, что въ зародышѣ клѣтки, изъ которыхъ впослѣдствіи образуются сексуальные продукты, отдѣляются при сегментаціи или прежде всѣхъ другихъ (у двукрылыхъ насѣкомыхъ, къ которымъ принадлежитъ напр. комнатная муха), или въ очень раннемъ періодѣ сегментаціи (напр. у прѣсноводныхъ рачковъ—дафнидъ), или вскорѣ по окончаніи дѣленія (у морскихъ червей сагитта), или въ нѣсколько позднѣйшемъ періодѣ, когда уже зародышъ во всѣхъ главныхъ частяхъ своихъ опредѣлился (напр. у млекопитающихъ) [2]).

Такъ какъ зародышевыя клѣтки, говоритъ Вейсманъ, рано отдѣляются отъ соматическихъ—то мы не можемъ допустить, чтобы тѣ измѣненія, которыя современемъ постигнутъ соматическую плазму этихъ послѣднихъ, отразились бы на зародышевой плазмѣ, заключенной въ первыхъ [3]). Съ другой стороны мы не можемъ допустить, чтобы соматическая плазма участвовала въ актѣ размноженія. Когда клѣтка дѣлится, то

---

[1]) См. Weismann, напр., „Die Continuität des Keimplasmas", S.S. 17, 19, 29.

[2]) Weismann, „Ueber die Vererbung", S. 6; Die Continuität, S. 47.

[3]) Weismann, „Vererbung", S. S. 11—12.

это зависитъ отъ дѣленія ядра; если по раздѣленіи получаются разные виды клѣтокъ, то это значитъ, что части ядра, получившіяся путемъ дѣленія его, по строенію своему не одинаковы; чѣмъ далѣе идетъ дѣленіе, тѣмъ все бо́льшая и бо́льшая дифференціація соматическихъ клѣтокъ, а слѣдовательно и ихъ ядеръ, имѣетъ мѣсто. И представляется немыслимымъ, чтобы изъ многочисленныхъ различныхъ по составу родовъ ядеръ вновь скомбинировались ядра съ прежнимъ, недифференцировавшимся составомъ ядеръ зародышевыхъ клѣтокъ [1]). Слѣдовательно дѣлу размноженія служатъ исключительно зародышевыя клѣтки и такъ какъ соматическая плазма не можетъ влiять на зародышевую—пріобрѣтенныя качества не наслѣдуются и единственнымъ факторомъ эволюціи является естественный отборъ. Физическія и химическія особенности молекулярнаго строенія зародышевой плазмы опредѣляютъ характеръ онтогенетическаго процесса [2]); чѣмъ организмъ выше по своей организаціи, тѣмъ составъ и строеніе его зародышевой плазмы сложнѣе [3]); свойства организмовъ, имѣющихъ развиться изъ данной зародышевой плазмы, заключены in potentia въ зародышевыхъ клѣткахъ [4]); когда мы видимъ, что измѣняются качества частей тѣла индивидуумовъ даннаго вида, то на самомъ дѣлѣ происходятъ лишь количественныя измѣненія уже существующихъ элементовъ; напримѣръ, въ кожѣ безцвѣтныхъ червей мы видимъ подъ микроскопомъ окрашенныя пигментныя тѣльца—когда число этихъ тѣлецъ значительно увеличится, то кожа червя приметъ окраску [5]).

---

1) Weismann, „Continuität“, S. S. 43, 46, 48—50, 52, 63.

2) Weismann, „Vererbung“, S. S. 18, 55; „Continuität“, S. 32—33.

3) Weismann, „Continuität“, S. 42.

4) Weismann, „Vererbung“, S. 7, 9, 15.

5) Weismann, „Continuität“, S. 54—56.

Одно изъ первыхъ возраженій, которое было сдѣлано [1]) противъ теоріи Вейсмана, изложенной въ такой формѣ, заключается въ слѣдующемъ. Если зародышевая плазма передается въ неизмѣнномъ видѣ изъ поколѣнія въ поколѣніе и никакія измѣненія соматической плазмы на строеніи плазмы зародышевой не отражаются — то откуда возьмется болѣе сложный составъ зародышевой плазмы у высшихъ животныхъ? Вѣдь зародышевая плазма въ неизмѣненномъ видѣ должна была дойти до нихъ отъ ихъ самыхъ отдаленныхъ предковъ, простѣйшихъ животныхъ (типъ Protozoa). Неужели Вейсманъ признаетъ, что въ строеніи тѣла Protozoa заключались ужè, были предопредѣлены заранѣе, свойства всѣхъ имѣющихъ развиться животныхъ видовъ? Или, спрашиваетъ Эймеръ, эволюція является необъяснимымъ чудомъ [2])? Главный недостатокъ Вейсмана въ томъ, что у него проглядываетъ идея предопредѣленности [3]).

Это прекрасное возраженіе, должно однако сознаться, не совсѣмъ достигаетъ цѣли. Вейсманъ не далъ повода къ такому

---

[1]) Hartog, Pfeffer, Delage. См. Yves Delage, „La structure du Protoplasma et les théories sur l'hérédité", pp. 529—533.

По поводу теоріи Вейсмана между нимъ и Спенсеромъ существуетъ цѣлая полемика. Спенсеръ написалъ критику на Вейсмана въ Contemporary Review, 1893, Febr., March: „The inadequacy of Natural selection"; 1893, May: „Prof. Weismann's Theories". Вейсманъ далъ отвѣтъ подъ заглавіемъ „Die Allmacht der Naturzüchtung", 1893; Спенсеръ возражалъ въ Contemporary Review 1894 года статьею „A rejoinder to professor Weismann". Къ сожалѣнію этихъ журналовъ нѣтъ въ Казани и я долженъ былъ ознакомиться съ этой полемикой частью изъ вторыхъ рукъ, частью по переводамъ.

Изъ новѣйшихъ писателей, стоящихъ на сторонѣ Спенсера можно назвать S. Alexander'a, книги и статьи котораго выше цитировались, и А. Д. Бальфура, который признаетъ между прочимъ унаслѣдованіе пріобрѣтенныхъ признаковъ въ статьѣ „Naturalism and Ethics", International Journal of Ethics, July 1894.

[2]) Williams, „A Review of the systems of ethics founded on the theory of evolution", p. 298.

[3]) Delage, O. c., p. 718.

возраженію. Уже въ первомъ сочинении [1] признаетъ онъ, и повторяетъ въ послѣдующихъ, что воздѣйствіе внѣшнихъ условій жизни вліяетъ на зародышевую плазму, но не прямо сообщая ей свойства пріобрѣтенныя соматической плазмой, это Вейсманъ считаетъ невозможнымъ, а вліяя косвенно путемъ измѣненія условій питанія зародышевыхъ клѣтокъ. Отсюда происходятъ измѣненія состава зародышевой плазмы, создающія предрасположеніе къ измѣненіямъ и въ судьбѣ имѣющихъ развиться изъ нихъ соматическихъ клѣтокъ.

Рядъ возраженій, выставленныхъ противъ Вейсмана въ другомъ отношеніи, побудилъ его сдѣлать какъ бы нѣкоторую уступку при дальнѣйшемъ развитіи своихъ идей. Страсбургеръ и Саксъ указали, что есть растенія, у которыхъ любая часть корня, стебля и даже листа при извѣстныхъ условіяхъ можетъ воспроизвести цѣлое растеніе (бегоніи, нѣкоторые мхи), что конечно опровергаетъ теорію Вейсмана о неучастіи соматической плазмы въ дѣлѣ воспроизведенія [2]. Имѣя въ виду это возраженіе, Вейсманъ долженъ былъ допустить, что частицы зародышевой плазмы имѣются въ ядрахъ всѣхъ клѣтокъ организма въ большемъ или меньшемъ числѣ. Тѣ организмы, гдѣ очень много зародышевой плазмы во всѣхъ тканяхъ, воспроизводятся изъ любаго кусочка [3]. Но такое видоизмѣненіе теоріи Вейсмана, такая уступка представляется несомнѣнно обстоятельствомъ сильно подрывающимъ авторитетъ этой теоріи, такъ какъ является простымъ предположеніемъ, неподкрѣпленнымъ никакими фактами, и придуманнымъ очевидно спеціально по поводу возраженія, котораго Вейсманъ первоначально не имѣлъ въ виду. Эта поправка плохо вяжется съ идеей полной раздѣльности зародышевой и соматической плазмы.

---

[1] Weismann, „Ueber die Vererbung“, S.S. 48—49, 57.

[2] Weismann, „Continuität“, S.S. 67—68; Delage, O. c., p. 526.

[3] Weismann, „Continuität“, S. 68.

Слѣдующій рядъ возраженій Вейсману, на которыя мы обратимъ вниманіе, касается непосредственно самаго факта наслѣдственной передачи пріобрѣтенныхъ признаковъ. Самымъ лучшимъ способомъ опровергнуть мнѣніе Вейсмана, будто наслѣдственная передача пріобрѣтенныхъ признаковъ невозможна, это доказать фактами возможность такой передачи. И дѣйствительно цѣлый рядъ фактовъ былъ выставленъ въ качествѣ возраженія Вейсману. Спенсеръ обращаетъ вниманіе, что Вейсманъ самъ признаетъ возможность передачи по наслѣдству болѣзней, пріобрѣтенныхъ въ зрѣломъ возрастѣ, напр. сифилиса. Но почему же, признавая для паразита возможность проникнуть въ яйцо, Вейсманъ не признаетъ этой возможности для физіологическихъ единицъ, несравненно меньшихъ? [1]) Однако это возраженіе Спенсера должно признать слабымъ, такъ какъ самое существованіе физіологическихъ единицъ, а въ особенности фактъ странствованія ихъ по тѣлу и проникновенія въ зародышевыя клѣтки съ послѣдующимъ вслѣдствіе того измѣненіемъ свойствъ этихъ послѣднихъ въ смыслѣ пріобрѣтенія зародышевой плазмой измѣненій постигшихъ соматическую плазму—еще не доказаны. Затѣмъ Спенсеръ обращаетъ вниманіе на слѣдующее обстоятельство: для того, чтобы возникло какое нибудь измѣненіе въ организмѣ въ цѣляхъ приспособленія къ новымъ условіямъ жизни, нужно координированное измѣненіе весьма многихъ частей тѣла. Напримѣръ для превращенія животнаго бѣгающаго въ прыгающее нуженъ цѣлый координированный рядъ измѣненій чуть не во всемъ тѣлѣ; мускулатура заднихъ ногъ должна сильно развиться, сообразно этому должны измѣниться кости ногъ и таза, сухожилья, кровеносные сосуды, нервы; переднія ноги должны измѣниться въ смыслѣ возможности перено-

---

[1]) Спенсеръ, „Недостаточность естественнаго подбора", русскій переводъ, стр. 31. Физіологическая единица Спенсера--это элементъ средній между клѣткой и химической молекулой.

сить сильные толчки при паденіи съ прыжка на переднія конечности и т. д. Спрашивается, мыслимо-ли ожидать такихъ измѣненій путемъ естественнаго отбора? Конечно невозможно, между тѣмъ какъ съ точки зрѣнія унаслѣдованія пріобрѣтенныхъ признаковъ это очень легко [1]). Вейсманъ и это возраженіе удачно парировалъ. Онъ привелъ въ примѣръ термитовъ, у которыхъ индивидуумы. называемые солдатами, пріобрѣли весьма сложныя особенности строенія головы несомнѣнно при дѣйствіи лишь естественнаго отбора, такъ какъ эти признаки не могли передаваться по наслѣдству—солдаты термитовъ не даютъ потомства [2]). Далѣе Эймеръ, Геккель и другіе [3]), приводятъ многочисленные примѣры унаслѣдованія поврежденій, полученныхъ родителями въ зрѣломъ періодѣ жизни, равно какъ наслѣдственную передачу пороковъ и дурныхъ наклонностей. Мы не станемъ приводить всѣ примѣры, такъ какъ при недостаточно строгой постановкѣ опытовъ не всѣмъ сообщаемымъ фактамъ можно довѣрять, но на нѣкоторыхъ, содержащихъ данныя болѣе или менѣе серьезныя къ опроверженію Вейсмана, мы остановимъ наше вниманіе. Есть наблюденія, что у собакъ и кошекъ, искусственно лишенныхъ хвостовъ, появлялось потомство съ короткими хвостами [4]). Вейсманъ возражаетъ на это и на другія сообщенія подобныхъ фактовъ, что здѣсь мы, весьма вѣроятно, имѣемъ дѣло съ случайностью, такъ какъ есть множество случаевъ, гдѣ уродованіе въ теченіи тысячъ поколѣній (напр. обрѣзаніе) не влечетъ соотвѣтствующихъ измѣненій [5]). Самъ Вейсманъ производилъ подобные опыты съ отрѣзкой хвостовъ у мышей въ

---

[1]) Спенсеръ, O. c., стр. 24—26.

[2]) Шимкевичъ, „Наслѣдственность и попытки ея объясненія", стр. 20—21.

[3]) Williams, O. c., p.p. 402, 406, 296; Delage, O. c., p. 200 et suiv.; Шимкевичъ, O. c., стр. 3—8.

[4]) Шимкевичъ, O. c., стр. 3.

[5]) Delage, O. c., p. 201.

теченіи 5 поколѣній и изъ нѣсколькихъ сотъ потомковъ ни у одного искусственное уродованіе не отразилось прирожденнымъ укороченіемъ этого органа [1]). Цѣлый рядъ фактовъ полученъ Броунъ-Секаромъ. Онъ дѣлалъ перерѣзки важныхъ нервныхъ стволовъ и даже спиннаго мозга и вырѣзывалъ части головнаго мозга у кроликовъ и морскихъ свинокъ и нашелъ, что эти искусственныя поврежденія отражаются весьма серьезно въ соотвѣтствующихъ частяхъ организма на потомствѣ изуродованныхъ животныхъ [2]). И на этотъ случай у Вейсмана имѣются возраженія. Онъ обращаетъ вниманіе на то обстоятельство, что потомство оперированныхъ Броунъ-Секаромъ животныхъ хотя и имѣло поврежденія соотвѣтствующихъ частей тѣла, но эти болѣзненныя измѣненія были не тѣ именно, какія образовались у оперированныхъ индивидуумовъ, и объясняетъ явленіе тѣмъ обстоятельствомъ, что животныя съ поврежденной подобными операціями нервной системой вообще являются животными ужé больными и поэтому производятъ слабое, болѣзненное потомство, склонное къ разнымъ заболѣваніямъ [3]). Однако это возраженіе Вейсмана нельзя признать серьезнымъ. Слабость и хилость потомства оперированныхъ по способу Броунъ-Секара животныхъ можетъ конечно отозваться и на ихъ потомствѣ также общей слабостью и хилостью вслѣдствіе (если смотрѣть съ точки зрѣнія Вейсмана) плохаго питанія зародышевыхъ клѣтокъ. Но разъ это общее болѣзненное состояніе, вызванное поврежденіемъ опредѣленныхъ органовъ, отражается на потомствѣ именно на тѣхъ же органахъ — это обстоятельство уже не можетъ быть

---

[1]) Шимкевичъ, О. с., стр. 3—4. Впрочемъ Спенсеръ, О. с., стр. 41, обращаетъ вниманіе, что существуетъ множество причинъ, противодѣйствующихъ унаслѣдованію уродствъ, такъ что обиліе отрицательныхъ фактовъ еще ничего не доказываетъ.

[2]) Delage, O. c., p. 207—208; Шимкевичъ, О. с., стр. 7; Weismann, „Vererbung", S. 21.

[3]) Weismann, „Vererbung", S. 22.

сведено къ измѣненію въ питаніи, а указываетъ на болѣе глубокую связь между соматической и зародышевой плазмой, склоняетъ къ признанію наслѣдственной передачи пріобрѣтенныхъ свойствъ.

Слѣдующимъ фактомъ, на которомъ мы остановимъ наше вниманіе, будетъ извѣстное явленіе телегоніи или mésaillance initiale [1]). Фактъ состоитъ въ томъ, что животное женскаго пола иногда рождаетъ дѣтенышей втораго помета, схожихъ съ отцомъ дѣтенышей перваго помета, хотя бы второй пометъ былъ отъ другаго самца. Это явленіе замѣчено даже и у женщинъ [2]). Спенсеръ обращаетъ особое вниманіе на это явленіе какъ на фактъ, подтверждающій возможность передачи пріобрѣтенныхъ свойствъ по наслѣдству; очевидно плодъ состоитъ въ такомъ тѣсномъ общеніи и связи съ материнскимъ организмомъ, что производитъ въ этомъ послѣднемъ какія то измѣненія настолько серьезныя, что они передаются затѣмъ дѣтямъ при слѣдующихъ беременностяхъ. Это мнѣніе Спенсера не пользуется, однако, большой популярностью. Даже Делажъ, не сторонникъ Вейсмана, говоритъ по поводу приведеннаго мнѣнія Спенсера, что вѣдь мы не видимъ-же однако никакихъ такихъ измѣненій въ материнскомъ организмѣ, которыя можно бы приписать вліянію утробнаго младенца[3]), тѣмъ болѣе, говоритъ онъ, что самые факты телегоніи не достаточно точно установлены [4]). Роменсъ также сомнѣвается въ достовѣрности самыхъ фактовъ [5]), но такъ какъ окончательно ложными ихъ признать всетаки же нельзя, то онъ даетъ имъ объясненіе въ духѣ теоріи Вейсмана въ томъ

[1]) Спенсеръ, О. с., стр. 32—37, 57—59, 63—64; Delage, O. c., p.p. 230—233; 365.

[2]) Съ телегоніей имѣетъ сходство явленіе ксеніи (xénie), но по недостаточной разработанности вопроса мы его не будемъ касаться.

[3]) Delage, O. c., p. 365.

[4]) O. c., p. 705.

[5]) Спенсеръ, О. с., стр. 63.

смыслѣ, что въ яичникахъ остаются «иды» предыдущаго оплодотворенія и воздѣйствуютъ при послѣдующемъ [1]). Самъ Вейсманъ даетъ такое же объясненіе, говоря, что при телегоніи происходитъ неполное оплодотвореніе несозрѣвшихъ яицъ [2]). Но это объясненіе неудовлетворительно. Во первыхъ мы не имѣемъ основаній сомнѣваться по крайней мѣрѣ относительно нѣкоторыхъ фактовъ телегоніи (напр. случай Мортона), тѣмъ болѣе, что скотоводы безусловно убѣждены въ огромномъ вредѣ, приносимомъ дѣлу улучшенія или сохраненія породъ необдуманнымъ скрещиваніемъ породистыхъ самокъ съ самцами чужихъ, и особенно—дикихъ породъ, такъ какъ это отражается на послѣдующемъ чистокровномъ потомствѣ. Во вторыхъ, объясненія Вейсмана и Роменса мы должны отвергнуть, такъ какъ этому противорѣчатъ съ одной стороны современныя научныя данныя относительно процессовъ оплодотворенія, а съ другой стороны слѣдующія соображенія: всѣ авторы, указывающіе факты телегоніи, всегда говорятъ о вліяніи первой *беременности* на послѣдующія; нѣтъ ни одного указанія, чтобы простое injaculatio seminis, хотя бы оно повторялось десятки разъ, вызвало бы въ пометѣ отъ втораго самца явленіе сходства съ первымъ. Это обстоятельство, котораго Спенсеръ не отмѣтилъ, имѣетъ огромное значеніе. Очевидно не spermatozoa, не «иды» оказываютъ дѣйствіе при телегоніи, а состояніе беременности, т. е. вліяніе на материнскій организмъ оказываетъ именно плодъ, въ теченіи долгаго времени имѣющій общее съ матерью кровообращеніе, омывающее рѣшительно всѣ ткани тѣла обоихъ организмовъ и устанавливающее между ними самую интимную связь, какую только можно себѣ представить. Этимъ отвергается объясненіе Вейсмана и его послѣдователей и создается подтвержденіе теоріи наслѣдственной передачи пріобрѣтенныхъ признаковъ.

---

[1]) O. c., стр. 64.

[2]) Delage, O. c., p. 365.

Факты унаслѣдованія дѣтьми отъ родителей, или болѣе или менѣе отдаленныхъ предковъ, умственныхъ способностей, особенностей психическаго склада, преступности, или особой душевной чистоты, иной разъ мельчайшихъ чертъ характера, душевныхъ и нервныхъ болѣзней, проявляющихся не только въ одинаковой формѣ, но даже въ соотвѣтственномъ возрастѣ—все это точно установлено наукой и практикой и могло бы служить доказательствомъ наслѣдственной передачи пріобрѣтенныхъ качествъ, если бы не существовало вѣскаго возраженія, что всѣ психическія качества передаются въ формѣ склонностей, способностей, предрасположенія—совершенно объяснимыхъ съ точки зрѣнія Вейсмана.

Однако есть явленіе, которое не поддается подобнымъ объясненіямъ и является прямымъ опроверженіемъ ученія Вейсмана о непередаваемости пріобрѣтенныхъ качествъ по наслѣдству. Я говорю о такъ называемомъ чувствѣ предсуществованія [1]). Наблюдаются иногда случаи, что лицо, видящее или переживающее что нибудь несомнѣнно въ первый разъ, не можетъ отдѣлаться отъ довольно страннаго ощущенія, будто это съ нимъ случается *во второй разъ.* Такое чувство наблюдается иногда одновременно у братьевъ и сестеръ, но никогда не замѣчено одновременно у чужихъ или дальнихъ родственниковъ. Самое вѣроятное, но и поразительное по своимъ результатамъ, объясненіе этимъ фактамъ заключается въ предположеніи, что чувство предсуществованія есть воспоминаніе потомка о впечатлѣніяхъ, испытанныхъ въ свое время предкомъ [2]), что̀ возможно исключительно лишь при условіи наслѣдственной передачи пріобрѣтенныхъ измѣненій.

---

[1]) Можно бы сослаться еще на нравственное и правовое чувство, сознаваемыя людьми какъ нѣчто абсолютное, какъ категорическій императивъ, но мы не можемъ сдѣлать ссылки на эти явленія, такъ какъ они составляютъ предметъ нашего изслѣдованія и сами еще подлежатъ объясненію.

[2]) См. М. Манассеина, Сонъ какъ треть жизни человѣка, В. Евр., Декабрь, 1888, стр. 561—562.

Многіе, какъ старые, [1]) такъ и новые [2]), писатели объясняютъ чувство предсуществованія обманомъ сознанія, указывая, что подобныя явленія наблюдаются или на почвѣ несомнѣннаго психическаго разстройства или у субъектовъ нервныхъ, вообще при затемненномъ, поблѣднѣвшемъ сознаніи, когда неясность воспринимаемыхъ впечатлѣній въ связи съ туманностью воспоминаній заставляетъ отождествлять первыя съ послѣдними.

Но если мы примемъ во вниманіе факты констатированія чувства предсуществованія у вполнѣ здоровыхъ, нормальныхъ людей [3]) и если мы къ этому присоединимъ новѣйшія наблюденія надъ локализаціей сознательной дѣятельности, дающія право заключить, что наши сознательныя дѣйствія вслѣдствіе продолжительной привычки мало по малу превращаются въ рефлексоподобныя координированныя движенія и акты и въ такой формѣ закрѣпляются за видомъ передачей по наслѣдству, тѣмъ самымъ открывая широкую свободу для дальнѣйшей сознательной умственной работы человѣчества, [4]) то мы вправѣ будемъ взглянуть на указанное явленіе какъ на зарожденіе будущихъ великихъ умственныхъ силъ человѣка и заключить, что борьба за существованіе не есть единственный факторъ эволюціи и что прямое приспособленіе играетъ не мéньшую, если не бóльшую роль.

Слѣдуетъ еще обратить вниманіе на то обстоятельство, что вліяніемъ естественнаго отбора мы не можемъ объяснить

---

[1]) Напримѣръ Jessen, Versuch einer wissenschaftlichen Begründung der Psychologie, 1855.

[2]) Напримѣръ Крафтъ-Эбингъ, Руководство психіатріи; Kraepelin, Ueber Erinnerungstäuschungen, Archiv für Psychiatrie, XVIII Bd. (1887), S. 424.

[3]) См. Kraepelin, O. c., Arch. f. Psychiatrie, XVII Bd. (1886), S. 830: „.... auch bei gesunden bisweilen beobachteter psychischer Vorgang ....“; также см. приведенное указаніе Манассеиной.

[4]) См. В. М. Бехтеревъ, „О локализаціи сознательной дѣятельности у животныхъ и человѣка“, 1896.

нѣкоторыхъ явленій эволюціи. а) Невозможно объяснить исключительно естественнымъ отборомъ появленіе качествъ безполезныхъ, напримѣръ различій въ степени осязательной чувствительности кожи на разныхъ мѣстахъ поверхности тѣла у человѣка, такъ какъ весь смыслъ и значеніе естественнаго отбора зиждется на идеѣ отбора индивидуумовъ съ полезными свойствами. [1]) в) Даже полезныя измѣненія становятся таковыми лишь когда достигнутъ полнаго или во всякомъ случаѣ болѣе или менѣе значительнаго развитія; но въ минимальныхъ размѣрахъ, какъ они и должны появляться въ началѣ, они не въ состояніи оказывать благотворнаго дѣйствія своему обладателю и слѣдовательно не могутъ сохраняться и развиваться естественнымъ отборомъ. [2]) с) Изолированныя полезныя свойства не имѣютъ вѣроятности къ закрѣпленію путемъ отбора, такъ какъ не представляютъ для своего носителя сколько нибудь прочной гарантіи переживанія; животное, замѣтившее врага благодаря исключительной остротѣ зрѣнія ранѣе другихъ– можетъ не сумѣть спастись отъ него вслѣдствіе недостаточной быстроты бѣга или полета; спасшееся отъ врага животное можетъ оказаться менѣе чѣмъ его сородичи способнымъ перенести голодъ и холодъ и т. д., и т. д. Только обладаніе всесторонними преимуществами дѣйствительно полезно. [3]) Эти и другія имъ подобныя соображенія, которыхъ мы приводить здѣсь болѣе не будемъ, отсылая читателя къ подлиннику, заставляютъ Делажа придти къ заключенію, съ которымъ нельзя не согласиться, что одного естественнаго отбора было бы недостаточно для созданія тѣхъ разнообразныхъ явленій жизни, которыя мы наблюдаемъ, хотя конечно никто и не думаетъ отвергать значеніе этого великаго, но не единственнаго, фактора эволюціи [4]).

---

[1]) Спенсеръ, О. с., стр. 3—10.
[2]) Delage, O. c., p.p. 376 378.
[3]) Delage, O. c., p.p. 378—379.
[4]) Delage, O. c., p. 393—395.

Наконецъ мы должны остановиться на небольшомъ числѣ фактовъ на первый взглядъ незначительныхъ, но въ своей совокупности представляющихъ одно изъ самыхъ лучшихъ опроверженій Вейсмановой теоріи. За послѣднее время все болѣе и болѣе открыто фактовъ изъ области наблюденій явленія оплодотворенія и послѣдующихъ процессовъ дробленія, которые заставляютъ отказаться отъ мнѣнія Страсбургера, Гертвига и Вейсмана, будто исключительная роль въ развитіи и вообще въ жизни клѣтокъ принадлежитъ ядру, а клѣточная плазма является элементомъ чисто пассивнымъ, и признать правильнымъ воззрѣніе Ферворна, считающаго и тотъ и другой клѣточный элементы одинаково активными [1]). Затѣмъ, за послѣднее время появились наблюденія, устанавливающія существованіе протоплазматической связи между клѣтками живаго организма, прослѣженной начиная съ первыхъ стадій дробленія яйца почти во всѣхъ стадіяхъ развитія у многихъ весьма различныхъ животныхъ и растеній [2]).

Если мы сопоставимъ эти два ряда наблюденій, то незамедлимъ признать ихъ уничтожающее значеніе для теоріи Вейсмана. Вся эта теорія поставлена на фактахъ, позволявшихъ думать, что извѣстная часть живаго вещества, зародышевая плазма, разъ навсегда отдѣляется отъ остальной части, соматической плазмы, такъ что измѣненія, постигающія эту послѣднюю съ теченіемъ времени, не могутъ оказывать сами по себѣ никакаго вліянія на первую. Пока противъ Вейсмана приводились возраженія, не касавшіяся прямо этихъ первичныхъ фактовъ, онъ могъ еще защищать свою теорію, подыскивая болѣе или менѣе удачныя объясненія, дѣлая уступки. Но

---

[1]) Delage, O. c., p.p. 81—88; p. 513, Note [1]).

[2]) См. Спенсеръ, O. c., стр. 37—39; Delage, O. c., p. 31, 546. Особенно важны и интересны въ этомъ отношеніи работы Адама Седжвика, прослѣдившаго эти клѣточныя связи у Peripatus capensis, у Arthropoda, у Cephalopoda, у селяхій и у птицъ.

какъ только явились наблюденія, устанавливающія факты существованія связей между плазмой клѣтокъ живаго организма и доказывающія такъ сказать равноправность жизненныхъ функцій ядра и цитоплазмы—такъ тотчасъ-же самое основаніе, на которомъ строятся теоретическія воззрѣнія Вейсмана, должно рухнуть и теорія Вейсмана пріобрѣтаетъ характеръ весьма остроумнаго, интереснаго, но произвольнаго и опровергаемаго фактами, построенія [1]).

Въ заключеніе нельзя не сказать, что ученіе Вейсмана о естественномъ отборѣ какъ единственномъ факторѣ эволюціи есть въ сущности не положительная теорія, а имѣетъ только чисто отрицательный характеръ. Значенія и вліянія естественнаго отбора вѣдь никто не отвергаетъ; Вейсманъ, признавая его единственнымъ факторомъ эволюціи, самое появленіе измѣненій въ организмѣ низводитъ до степени простой случайности; но ссылка на случайность представляется ничѣмъ инымъ, какъ признаніемъ недостаточности нашего знанія, «случайность» въ научномъ смыслѣ означаетъ «неиз-

---

[1]) Вейсманъ развилъ свою теорію очень подробно и послѣдовательно въ послѣдующихъ своихъ работахъ. Наслѣдственность, по его ученію, какъ мы видѣли, опредѣляется свойствами клѣточнаго ядра; носителями этихъ свойствъ являются біофоры, мельчайшія частицы органическаго вещества, непосредственно слагающіяся изъ химическихъ молекулъ; біофоры соединены въ группы, называемыя детерминантами, эти послѣдніе сгруппированы въ такъ называемыя иды, иды группируются въ иданты. Въ процессѣ дѣленія яйца и дальнѣйшаго развитія эти сложныя группы постепенно разбиваются на простѣйшіе детерминанты, чѣмъ и объясняется, почему отдѣльные участки зародыша развиваются въ опредѣленныя части организма образующагося изъ него животнаго.

Эти подробности ученія Вейсмана мы не разсматриваемъ, такъ какъ онѣ являются лишь развитіемъ извѣстныхъ уже намъ основоположеній этой теоріи. Но помимо того, что самое основаніе, на которомъ строитъ Вейсманъ свои взгляды, не согласно съ фактами, есть много фактовъ, которые прямо опровергаютъ и его теорію детерминантовъ. Есть случаи, когда удалось получить животныхъ изъ $^1/_2$, $^1/_4$ даже $^1/_{16}$ части яйца. Наблюденія надъ различными уродствами также говорятъ противъ Вейсмана. Шимкевичъ, О. с. стр. 90; Delage, O. c., p.p. 329, 337, 246.

вѣстную причинную связь», не отсутствіе причинности, а лишь неизвѣстность ея для насъ [1]). Причина появленія измѣненій должна существовать. Спрашивается — въ какомъ же иномъ обстоятельствѣ искать её, если не въ унаслѣдованіи пріобрѣтенныхъ свойствъ? Апріорное разсужденіе съ непреодолимой силой толкаетъ насъ къ этому заключенію и разъ существуютъ факты, подтверждающіе эти наши умозаключенія, то не должно оставаться никакаго сомнѣнія. Мы смѣло можемъ признать дѣйствіе обоихъ главныхъ факторовъ эволюціи—естественнаго отбора и унаслѣдованія пріобрѣтенныхъ измѣненій—въ чемъ примѣромъ намъ можетъ служить никто иной, какъ самъ Ч. Дарвинъ.

Итакъ, мы пришли къ необходимости отвергнуть теорію Вейсмана, а тѣмъ самымъ, слѣдовательно, отвергаются всѣ тѣ вышеуказанныя теоріи новой морали, которыя построены на идеѣ естественнаго отбора какъ единственнаго фактора эволюціи. Мы остаемся на точкѣ зрѣнія Спенсера и его послѣдователей. Мы должны признать современную мораль въ значительной степени отвѣчающей потребностямъ человѣческаго общежитія. Это драгоцѣнное наслѣдіе психическаго труда многихъ десятковъ тысячъ поколѣній, путемъ долгаго и постепеннаго процесса приспособленія вырабатывавшихъ правила человѣческаго поведенія,—не можетъ быть и не будетъ ликвидировано въ нѣсколько десятковъ лѣтъ двумя-тремя поколѣніями нео-дарвинистовъ на основаніи ложныхъ теорій, не обоснованныхъ въ достаточной мѣрѣ на фактахъ. Правильно говоритъ одинъ изъ умѣренныхъ представителей разбираемаго литературнаго движенія, Рудольфъ Гиршбергъ, что на основахъ морали Ницше каждый можетъ еще пожалуй жить въ мирѣ съ

---

[1]) См. S. Alexander, „Natural Selecion in Morals“, International Journal of Ethics, July, 1892, p. 412.

самимъ собой, но не съ другими, такъ какъ слѣдованіе правиламъ этой морали создастъ только лишній поводъ къ столкновеніямъ между людьми, не уничтоживъ ни одного изъ прежнихъ [1]). Гиршбергъ находитъ много недостатковъ въ содержаніи современной этики, но протестуетъ противъ грубыхъ идеаловъ Herrenmoral'и и высказывается за постепенное улучшеніе того, что по его мнѣнію ошибочно или устарѣло [2]).

Но мы должны остановить наше вниманіе на одномъ весьма цѣнномъ замѣчаніи, сдѣланномъ въ области примѣненія вейсманизма къ этическимъ ученіямъ. Какъ въ разсужденіяхъ Вейсмана не все, конечно, ложно и ошибочно, такъ и въ приложеніи этихъ идей на практикѣ, стоя на точкѣ зрѣнія Вейсмана, его послѣдователи обратили вниманіе на дѣйствительно вредное явленіе—это такъ называемый медицинскій потборъ. Успѣхи современной медицины сохраняютъ жизнь и способность размноженія слабымъ, хилымъ и больнымъ людямъ, не могущимъ оставить здороваго потомства- что ведетъ человѣчество къ неминуемому вырожденію. Однако средства, предлагаемыя къ устраненію этого зла, какъ мы видѣли, состоятъ почти исключительно въ созданіи затрудненій къ вступленію въ бракъ для людей, не могущихъ расчитывать быть родителями безусловно здоровыхъ дѣтей. Между тѣмъ статистикою давно установленъ фактъ существованія обратно-пропорціональной зависимости между степенью свободы, предоставляемой населенію въ дѣлѣ вступленія въ бракъ, и количествомъ незаконныхъ рожденій. Слѣдовательно, ограниченія свободы вступленія въ бракъ, въ какихъ бы прекрасныхъ цѣляхъ они ни были предприняты, создадутъ лишь увеличеніе числа незаконныхъ рожденій—и вмѣсто одного обществен-

---

1) R. Hirschberg, „Das Recht zu Sündigen", S. 25.

2) Hirschberg, O. c, S.S. 28—29: „....nicht eine willkürliche Herrenmoral scheint mir erstrebenswert, aber nach einer gesellschaftsmoral sehne ich mich, die der gesellschaft wirklich wohlthätig ist".

наго зла будетъ два. Поэтому надежда въ дѣлѣ парализованія вредныхъ послѣдствій медицинскаго потбора можетъ быть основываема лишь на добровольномъ безбрачіи больныхъ и слабыхъ [1]), а такія качества вырабатываются въ людяхъ опять таки ничѣмъ инымъ, какъ альтруистическими началами современной морали любви къ ближнему.

---

[1]) Это даже, какъ бы нечаянно, высказалъ А. Тилле, горячій приверженецъ этическаго вейсманизма; см. A. Tille, „Von Darwin bis Nietzsche", S. 115: „Es ist aus der Gattung beseitigt, sobald es die Verpflichtung auf sich nimmt, nicht zu heiraten, w a s h e u t e b e r e i t s v i e l e h o c h h e r z i g e e r b l i c h K r a n k e t h u n". (Курсивъ мой).



Часть II

ИСТОРИКО-КРИТИЧЕСКАЯ.

Глава 4-я.

Отъ „Vom Beruf unserer Zeit...“ до „Geist des Römischen Rechts“.

Предпринимая краткое историческое обозрѣніе постепенной замѣны одной великой доктрины въ области права (историческая школа) другою не уступающею ей въ величіи (Іеринговское направленіе) [1]), я долженъ предупредить читателя, что заключаю свои изслѣдованія въ тѣсныя рамки этихъ двухъ направленій въ наукѣ права. Всѣ остальныя теоріи права— какъ то теорію естественнаго права и другія метафизическія теоріи, имѣющія даже и въ настоящее время представителей въ средѣ ученыхъ юристовъ [2]), я оставляю безъ разсмотрѣнія, такъ какъ ошибочность и устарѣлость всѣхъ этихъ воззрѣній достаточно въ наукѣ установлена.

---

[1]) Меркель, въ некрологѣ Іеринга, правильно замѣтилъ, что лишь будущее покажетъ, чье вліяніе въ наукѣ права сказалось сильнѣе—Савиньи или Іеринга. Merkel, „Ihering“, Jahrbücher für die Dogmatik, 32 Bd. (N. F. XX Bd.), 1893, S. 39: „Wessen Licht seine Strahlen weiter hinein werfen werde in die kommenden Zeiten, muss in Frage bleiben“.

[2]) Есть сторонники естественнаго права, какъ напримѣръ Alphonse Boistel, Cours élémentaire de droit naturel, 1870; Dr. Sophus Wilkomm, Rechtsphilosophie, 1891.

Есть сторонники договорной теоріи права, какъ напримѣръ Wilhelm Fischer, Rechts und Staats-Philosophie, 2-te Auflage, 1882.

Есть гегельянцы, какъ напримѣръ Hutchison Stirling, Lectures on the philosophy of law, 1873; Adolph Lasson, System der Rechtsphilosophie, 1882; Bovio, Filosofia del diritto, 4-ta ed., 1894.

Есть идеалисты, какъ напримѣръ Lioy, Filosofia del diritto.

Теорія исторической школы получила полное свое выраженіе въ сочиненіи Савиньи «Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», изданномъ въ 1814 г. по поводу проэкта Тибо относительно составленія общегерманскаго гражданскаго кодекса. Идея постепеннаго образованія права и сравненіе его съ языкомъ были уже высказаны ранѣе Савиньи—Густавомъ Гуго. Въ названномъ сочиненіи Савиньи далъ этой мысли надлежащее развитіе и строго-научно обосновалъ её. Гражданское право, языкъ, обычаи, форма правленія (Verfassung)—всѣ эти явленія, говоритъ Савиньи, не представляются обособленными, это скорѣе отдѣльныя силы, виды дѣятельности народа, тѣсно между собою связанныя общимъ убѣжденіемъ народа, сознаніемъ внутренней необходимости, исключающей всякую идею случайнаго и произвольнаго происхожденія [1]). Подобно языку право никогда не испытываетъ застоя, а всегда развивается, вѣчно движется и измѣняется [2]). Настоящій источникъ права есть общее народное убѣжденіе [3]), эти внутреннія, молчаливыя силы (innere, stillschweigende Kräfte), которыя нѣсколько неправильно называются обычнымъ правомъ [4]). Съ теченіемъ времени съ развитіемъ культуры различныя стороны дѣятельности народа обособляются въ различныхъ классахъ и функція правообразованія сосредоточивается въ классѣ юристовъ [5]). Законодательство является также источникомъ права, законы могутъ измѣнять дѣйствующее въ странѣ право, но само собою разумѣется, говоритъ Савиньи, что надо прибѣгать къ этому съ величайшей осторожностью, такъ какъ такаго рода законы очень легко могутъ внести значительную порчу въ область

---

[1]) Savigny, Vom Beruf..., 3-e Ausg., 1840, S. 8.

[2]) O. c., S. 11.

[3]) O. c., S. 11.

[4]) O. c., S. 14. Въ System, I, S. 14, Савиньи говоритъ объ unsichtliche Entstehung права.

[5]) O. c., S. 12,

права [1]). Когда идетъ рѣчь объ изданіи новаго кодекса, то подъ этимъ подразумѣвается собраніе и переработка всего дѣйствующаго права, съ прибавленіемъ новыхъ нормъ, и изложеніе его въ письменной формѣ — такъ что этотъ кодексъ впредь является единственнымъ дѣйствующимъ правомъ, а все остальное, что не вошло въ кодексъ — отмѣняется [2]). Однако не всякая эпоха можетъ считать кодифицированіе права своимъ призваніемъ [3]). Лишь народъ достигшій зрѣлаго развитія можетъ обладать достаточно развитою матеріальной стороной права, равно какъ необходимой силой логическаго мышленія и достаточно выработаннымъ языкомъ, чтобы быть въ состояніи выполнить эту трудную задачу [4]). Современную ему эпоху въ Германіи Савиньи не считалъ такимъ призваннымъ къ кодификаціи періодомъ исторіи германскаго народа. Въ наукѣ права у насъ, говоритъ онъ, едва начинаетъ пробуждаться вѣяніе того духа, который долженъ её современемъ оживить и дать ей надлежащее развитіе, но теперь сдѣлано въ этомъ отношеніи еще такъ мало, что составленіе сколько нибудь удовлетворительнаго кодекса должно признать пока невозможнымъ [5]). У насъ, продолжаетъ Савиньи, нѣтъ ни достаточно развитой юридической литературы [6]), ни даже соотвѣтственно разработаннаго языка [7]). Огромная масса правовыхъ понятій и воззрѣній подавляетъ насъ, мы не владѣемъ этимъ огромнымъ матеріаломъ. Порвать сразу всѣ связи съ прошедшимъ и выдумать новое право такъ же невозможно, какъ перемѣ-

---

[1]) O. c., S. 16. Въ System des heutigen Römischen Rechts, 1840, Савиньи, очевидно подъ вліяніемъ Пухты, говоритъ уже нѣсколько иначе: содержаніе закона черпается изъ готоваго народнаго права; законъ есть органъ народнаго права. I, S. 39.

[2]) Vom Beruf, S. 17—18.

[3]) O. c., S.S. 25; 45.

[4]) O. c., S.S. 25—26.

[5]) O. c., S. 49.

[6]) O. c., S. 50.

[7]) O. c., S. 52.

нить вдругъ природу современныхъ правоотношеній и передѣлать убѣжденія нынѣ живущихъ ученыхъ юристовъ [1]). Право не создается сразу, а развивается постепенно [2]), почему предпочтеніе, оказываемое уже существующему праву передъ вновь создаваемыми нормами, должно считаться не вреднымъ, но напротивъ благодѣтельнымъ: если мы ему подчиняемся безсознательно, то это конечно можетъ повлечь печальныя послѣдствія; но если мы сочетаемъ съ этимъ подчиненіемъ старому праву разумную критику и живую правообразующую силу современности — то это позволяетъ намъ воспользоваться всѣмъ, что еще жизненно и цѣлесообразно, отбрасывая устарѣлыя, такъ сказать отмирающія части, остающіяся уже достояніемъ исторіи [3]). Въ нашемъ правѣ, говоритъ Савиньи, мы отличаемъ составныя части трехъ родовъ — римское право, германское право и новѣйшія модификаціи того и другаго [4]). И нашей ближайшей цѣлью должна быть переработка всего этого правоваго матеріала, мы должны постепенно овладѣть имъ, слить его въ единое національное право, выработать въ достаточной мѣрѣ нашъ языкъ и тогда только мы можемъ оставить римское право въ достояніе исторіи и наше новое право не будетъ уже слабымъ подражаніемъ римскому, а совершенно новымъ и всецѣло нашимъ самостоятельнымъ образованіемъ [5]).

Ближайшій послѣдователь и ученикъ Савиньи, Пухта, далъ дальнѣйшее развитіе ученію исторической школы, въ особенности по отношенію къ теоріи обычнаго права. Право есть признаніе правовой свободы [6]), т. е. свободы человѣка въ обществѣ; свобода-же есть выборъ между добромъ и зломъ [7]);

---

[1]) O. c, S. 112.
[2]) O. c., S. 113.
[3]) O. c., S.S. 113, 117--118.
[4]) O. c., S. 118.
[5]) O. c., S. 133.
[6]) Puchta, Cursus der Institutionen, I, S. S.
[7]) O. c., S. 6. Pandekten, S. 17.

выборъ зиждется на актѣ нашей воли; слѣдовательно право есть общая воля [1]). Общая воля, воля народа, опирается на обще-народное убѣжденіе, почему мы можемъ сказать, что право покоится на общемъ народномъ убѣжденіи [2]). Понятіе народа опредѣляется какъ совокупность извѣстнаго числа людей, связанныхъ между собою съ одной стороны общностью происхожденія, а съ другой стороны—единой властью, которая превращаетъ народъ въ гражданское общество, въ государство [3]). Эта общность происхожденія и единство власти создаютъ физическую и духовную общность въ народѣ, общность мыслей, чувствъ, способностей и убѣжденій, которая незамѣтно, но и неотразимо, вліяетъ на характеръ дѣятельности отдѣльныхъ членовъ народа [4]). Есть взгляды и убѣжденія у отдѣльныхъ людей, которыя принадлежатъ имъ не самимъ по себѣ, а какъ членамъ народа; т. е. въ нихъ дѣйствуетъ народный духъ (der Volksgeist) [5]). И вотъ общенародное убѣжденіе, какъ продуктъ дѣятельности народнаго духа, создаетъ право [6]). Дѣятельность же отдѣльныхъ личностей создать права не можетъ [7]). Ошибаются тѣ, кто думаетъ, будто право возникаетъ изъ дѣятельности отдѣльныхъ людей, будто обычай создаетъ право, такъ что сначала одинъ поступаетъ опредѣленнымъ образомъ, потомъ другой, ихъ образъ дѣйствія перенимаютъ многіе и затѣмъ уже возникаетъ всеобщее убѣжденіе, что надо поступать такъ, а не иначе [8]). Напротивъ, сначала возникаетъ народное правовое убѣжденіе, какъ норма, а отсюда уже какъ слѣдствіе—примѣненіе правовой нормы на

[1]) O. c., S. 15.
[2]) Puchta, Pandekten, S. 17; Das Gewohnheitsrecht, I, S. 141.
[3]) Das Gewohnheitsrecht, I, S. 134—135.
[4]) O. c., I, S. 137—138.
[5]) O. c., I, S. 139.
[6]) O. c., I, S. 139; Institutionen, I, S. 15; S. 18: „Die Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist ist eine unsichtbare".
[7]) Das Gewohnheitsrecht, S. 141.
[8]) Institutionen, S. 17—18.

практикѣ—Uebung, Gewohnheit, Herkommen [1]). Мы должны признать, что примѣненіе нормъ, consuetudo, есть слѣдствіе народнаго убѣжденія, иначе намъ пришлось бы допустить, что примѣненіе нормъ права предшествуетъ самому праву [2]). Тотъ способъ (die Art und Weise), какимъ проявляется народное убѣжденіе, тѣ формы, въ которыхъ возникаетъ право, называются источниками права [3]). Такихъ источниковъ права три— обычное право, законъ и право юристовъ. Въ обычномъ правѣ народное убѣжденіе проявляется непосредственно; въ законѣ и правѣ юристовъ народъ создаетъ право черезъ особые органы, которые познаютъ, выражаютъ народное убѣжденіе и даютъ ему примѣненіе [4]). Главное вниманіе Пухта обращаетъ на обычное право и посвящаетъ ему цѣлую монографію. Онъ даетъ въ этомъ сочиненіи, между прочимъ, слѣдующее описаніе признаковъ, характеризующихъ обычное право (die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts). Прежде всего требуется конечно наличность правоваго убѣжданія [5]). Это убѣжденіе должно быть общее, хотя не непремѣнно общенародное, такъ какъ обычное право можетъ создаваться и въ болѣе тѣсной группѣ, какъ органической части народа, связанной извѣстною общностью [6]). Публичность для каждаго отдѣльнаго случая примѣненія обычнаго права не требуется [7]). Нельзя также выставлять признакомъ обычнаго права его разумность—это значило бы поставить примѣненіе обычнаго права въ судахъ въ зависимость отъ личныхъ взглядовъ судьи

---

[1]) O. c., S. 18—19; Pandekten, S. 17—18; Gewohnheitsrecht II, S. 267.

[2]) Gewohnheitsrecht, II, S. 8-9.

[3]) O. c., I, S. 144.

[4]) O. c., I, S.S. 144; 145—147. Institutionen, I, S. 22. Pandekten, S.S. 19, 22, 27.

[5]) O. c., II, S. 33.

[6]) O. c., II, S. 39; I, S. 148; Pandekten, S. 19.

[7]) Gewohnheitsrescht, II, S. 48.

и его произвола [1]), хотя впрочемъ есть случаи, когда нормы обычнаго права не могутъ быть примѣняемы именно вслѣдствіе ихъ неразумности—когда онѣ противорѣчатъ религіи, доброй нравственности или высшимъ нормамъ права: еслибы напримѣръ явился обычай обходиться въ извѣстныхъ случаяхъ безъ суда [2]). Затѣмъ Пухта подробно обсуждаетъ вопросъ объ ошибкѣ въ обычномъ правѣ. Въ этомъ общемъ вопросѣ онъ различаетъ нѣсколько частныхъ проблемъ. Во первыхъ подъ ошибкой въ обычномъ правѣ можно понимать ошибочное убѣжденіе даннаго индивидуума, будто онъ примѣняетъ норму обычнаго права, когда на самомъ дѣлѣ этого нѣтъ. Единственнымъ послѣдствіемъ этого обстоятельства будетъ только то, что его дѣйствія не могутъ считаться доказательствомъ существованія подобной нормы обычнаго права. [3]) Или ошибка предполагается ошибкой цѣлаго народа—но такаго случая не можетъ быть, потому что если дѣло идетъ о нормѣ, установленной народнымъ правосознаніемъ, то уже этого одного факта происхожденія ея изъ народнаго убѣжденія—достаточно для того, чтобы объ ошибкѣ и рѣчи не могло быть. [4]) Или-же, наконецъ, ошибка можетъ состоять въ томъ, что народъ примѣняетъ какую нибудь норму въ ложномъ убѣжденіи, что это правовая норма, [5])считая напримѣръ её закономъ. Тогда конечно обычай (die Gewohnheit), основанный на такой ошибкѣ, будетъ юридически ничтоженъ. [6]) Но если такая норма будетъ долгое время примѣняться, то она можетъ сама по себѣ, независимо отъ указанной ошибки, по своему содержанію сдѣлаться достояніемъ правоваго убѣжденія народа и тогда она должна

---

[1]) O. c., II, S. 51.
[2]) O. c., II, S.S. 51, 54, 55, 56, 59.
[3]) O. c., II, S.S. 64—65; 66; 74.
[4]) O. c., II, S. 65—66.
[5]) O. c., II, S. 66.
[6]) O. c., II, S. 67.

уже считаться несомнѣнно нормою обычнаго права. [1]) Далѣе, примѣненіе нормъ обычнаго права должно быть единообразно и многократно (wiederholte Uebung).

Ученіе Пухты о законѣ не представляетъ никакихъ значительныхъ особенностей—законъ есть выраженіе воли законодателя, [2]) содержаніе его черпается изъ обычнаго права, такъ что законодатель есть лишь органъ, представитель народа въ дѣлѣ правообразованія. [3]) Но воззрѣнія его на право юристовъ заслуживаютъ нѣсколько болѣе подробнаго ознакомленія благодаря нѣкоторому противорѣчію, въ которое впадаетъ въ этомъ отношеніи Пухта. Въ курсѣ институцій онъ судебную практику считаетъ видомъ обычнаго права, [4]) а науку права противопоставляетъ обычному праву и закону какъ третій источникъ, систематизирующій нормы права и извлекающій на свѣтъ Божій скрытыя въ народномъ правосознаніи нормы. [5]) А въ «Gewohnheitsrecht» онъ, также признавая въ одномъ мѣстѣ науку права за самостоятельный источникъ рядомъ съ обычнымъ правомъ и закономъ [6]), въ другомъ мѣстѣ наоборотъ научное воспроизведеніе нормъ права трактуетъ какъ видъ судебнаго обычая. Судебная практика, говоритъ онъ, или основывается на автономныхъ правахъ судебныхъ мѣстъ, или является созданіемъ (Erzeugung) нормъ права научной дѣятельностью, или непосредственно опирается на національное правосознаніе. [7]) Наконецъ, въ ученіи о церковномъ правѣ Пухта высказываетъ такіе взгляды. Въ церкви, какъ обществѣ вѣрующихъ, нѣтъ внутренней связи подобной той, которая соединяетъ членовъ

---

[1]) O. c., II, S. 68, 74.

[2]) Pandekten, S. 22.

[3]) Gewohnheitsrecht, I, S. 145.

[4]) „Gewohnheitsrecht kann ein aussergerichtliches oder ein gerichtliches (Praxis, Usus fori) sein". Inst. I, S. 523.

[5]) O. c., I, S. 22.

[6]) O. c., I, S. 147.

[7]) O. c., II, S. 262.

одной націи, [1]) почему въ нѣдрахъ ея, въ дѣлахъ вѣры, нѣтъ общаго правового сознанія и слѣдовательно не можетъ быть и рѣчи объ обычномъ церковномъ правѣ въ этихъ дѣлахъ. [2]) Но есть области церковнаго права, касающіяся внѣшнихъ распорядковъ и управленія, гдѣ церковь стоитъ въ зависимости отъ государства; такъ какъ въ этихъ отношеніяхъ церковь является подчиненной государственной власти, ея законамъ, то въ этой области церковнаго права мы можемъ признать наличность народнаго правосознанія и обычнаго права. [3]) Въ дѣлахъ же перваго рода церковные обычаи являются слѣдствіемъ автономіи церкви и должны считаться за такъ называемую Observanz. [4])

Сочиненія Пухты оказали очень большое вліяніе на нѣмецкую науку права. Самъ Савиньи въ „System“ повторяетъ нѣкоторыя положенія Пухты. Въ этомъ сочиненіи Савиньи употребляетъ слово Volksgeist, [5]) котораго въ «Beruf» мы у него не встрѣчаемъ, и опредѣляетъ его согласно съ Пухтой, какъ духовную общность членовъ націи [6]) и не только живущихъ въ одно время, но и преемственно другъ друга смѣняющихъ поколѣній. [7]) Эта-то культурная связь и обусловливаетъ то обстоятельство, что право создается отдѣльными націями, а не всѣмъ человѣчествомъ. [8]) Затѣмъ, что особенно любопытно, Савиньи заявляетъ, что примѣненіе обычнаго права есть лишь внѣшній признакъ его, а не способъ возникновенія (nicht dessen Entstehungsgrund), [9]) и что законодатель, являясь орга-

---

[1]) O. c., II, S. 267.
[2]) O. c., II, S. 268—269.
[3]) O. c., II, S. 271—272.
[4]) O. c., II, S. 274, 278.
[5]) Savigny, System, I, S. 15.
[6]) O. c., I, S. 19.
[7]) O. c., I, S. 20.
[8]) O. c., I, S. 21.
[9]) O. c., I, S. 35; S. 14: „...Wir also eine unsichtbare Entstehung des positiven Rechts annehmen“.

номъ народа въ дѣлѣ правообразованія долженъ почерпать содержаніе для закона изъ области обычнаго права. [1])

Теорія исторической школы немедленно же получила самое широкое распространеніе [2]) и воззрѣнія ея, въ общихъ чертахъ, могутъ считаться и до сихъ поръ общепринятыми.

Но только въ общихъ чертахъ. Есть множество подробностей и частностей, которыя скоро обратили на себя вниманіе критики и рано вызвали болѣе или менѣе энергичные протесты. Уже въ 1839 году Кирульфъ обратилъ вниманіе, что ученые, предполагающіе будто народное убѣжденіе въ обычномъ правѣ предшествуетъ осуществленію нормъ въ жизни, дѣлаютъ большую ошибку, такъ какъ сущность немыслима безъ формы и только абстрагирующій разумъ отдѣляетъ ихъ одну отъ другой. [3]) Поэтому, перечисляя признаки обычнаго права, онъ не упоминаетъ народное убѣжденіе, а называетъ лишь—многочисленность случаевъ примѣненія, частоту, единообразіе ихъ и единство мѣста примѣненія, [4]) а въ другомъ мѣстѣ прямо говоритъ, что изъ безразличнаго фактическаго обычая постепенно возникаетъ обычное право. [5]) Но впрочемъ Кирульфъ отдаетъ дань своему времени, отличавшемуся метафизическими пріемами мышленія. Отрицая что правовое убѣжденіе предшествуетъ примѣненію права въ жизни, онъ тѣмъ не менѣе является сторонникомъ волевой теоріи права; то, что изъ простаго обычая создаетъ обычное право—есть общая воля. [6]) Право есть

---

[1]) O. c., I, S. 39.

[2]) Напримѣръ, въ 1838 году, т. е. черезъ годъ послѣ изданія втораго тома „Gewohnheitsrecht“ Пухты, появилось первое изданіе „Lehrbuch der Pandekten“ Вангеро, въ которомъ общая теорія права и ученіе объ обычномъ правѣ излагаются сообразно воззрѣніямъ Пухты.

[3]) Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, 1839, I, S. 9. Anm. *).

[4]) O. c., I, S. 10.

[5]) O. c., I, S 7.

[6]) O. c., I, S. 7; 11: „Das Gewohnheitsrecht ist allgemeiner Wille eines Kreises von Menschen“.

общая воля, воля государства; чего эта воля хочетъ, то будетъ содержаніемъ права. [1]) Въ обычномъ правѣ эта воля само-исчерпывается непосредственно, а въ законѣ общую волю выражаетъ законодатель какъ органъ націи. [2]) Современники Кирульфа являются его единомышленниками въ воззрѣніяхъ на взаимоотношеніе народнаго убѣжденія и фактическаго примѣненія нормъ для образованія обычнаго права. Мюленбрухъ на два года ранѣе Кирульфа указывалъ, что для возникновенія обычнаго права нужно фактическое примѣненіе данныхъ нормъ при наличности правоваго сознанія, [3]) т. е. онъ не давалъ пріоритета правосознанію, какъ это дѣлали Пухта и Савиньи.

Одновременно съ Кирульфомъ высказалъ сходныя мысли Вехтеръ. Сначала онъ выражаетъ мнѣнія совершенно въ духѣ Савиньи и Пухты. Источникомъ права, какъ обычнаго, такъ и закона, является господствующее въ народѣ правовое чувство. [4]) Право—это нормы, устанавливаемыя общей волей, [5]) законодатель руководится въ своей дѣятельности современными ему условіями жизни и характера народа. Основа обычнаго права лежитъ въ правовомъ убѣжденіи народа; внѣшнимъ моментомъ, который выражаетъ прочность этого убѣжденія, является примѣненіе нормъ въ жизни (die längere Uebung und Anwendung des Grundsatzes). [6]) Но въ дальнѣйшемъ изложеніи Вехтеръ высказывается въ совершенно иномъ смыслѣ. Онъ говоритъ, что иногда не примѣненіе нормы (Uebung) есть слѣдствіе общаго убѣжденія, а наоборотъ общее правовое убѣжденіе постепенно создается путемъ

---

[1]) O. c., I. S. 1, 2.
[2]) O. c., I, S. 8, 16.
[3]) C. Mülhenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1837, I. S. 97—98.
[4]) Carl Georg Wächter, Würtemb. Privat-Recht, 1839, I, S. 11; II, S. 3—4.
[5]) O. c., I, S. 12,
[6]) O. c., II, S. 33.

частаго примѣненія какой нибудь нормы, [1]) и даже довольно подробно развиваетъ мысль о такъ называемомъ казуальномъ творчествѣ въ области права, [2]) о чемъ намъ придется подробно говорить ниже.

Не смотря на то, что въ тридцатыхъ годахъ названные авторы своимъ примѣромъ и теоретическими разсужденіями предостерегали отъ увлеченій теоріей народнаго убѣжденія, правоваго сознанія и вообще идеей народнаго духа, тѣмъ не менѣе въ сороковыхъ годахъ мы имѣемъ нѣсколько примѣровъ подобнаго увлеченія. Одни, какъ Гольцшуеръ и Синтенисъ въ началѣ сороковыхъ годовъ считаютъ правовое сознаніе и фактическое примѣненіе нормъ одинаково необходимыми для возникновенія обычнаго права, [3]) другіе-же, какъ Герберъ, Фридлендеръ и въ особенности Безелеръ, всецѣло отдаются указанному ошибочному воззрѣнію. Герберъ напримѣръ говоритъ, что исторія нѣмецкаго права есть исторія движенія и развитія нѣмецкаго правосознанія, какъ дѣятельности особаго нѣмецкаго народнаго духа. [4]). Фридлендеръ пишетъ, что право создается народной волей, какъ элементомъ народнаго духа, [5]) и что «проявляется» оно на словахъ или непосредственно на дѣлѣ, отчего и является въ двухъ формахъ —въ видѣ закона и обычнаго права. [6])

---

[1]) O. c., II, S. 33. Anm [8]) „Uebrigens bildet sich diese gemeinsame rechtliche Ueberzeugung erst allmälig durch das öftere Handeln". Тоже II S. 33—34, Anm [9]).

[2]) O. c., I. S. S. 34, 35, 65.

[3]) Holzschuher, Theorie und Casuistik eines gemeinen Civilrechts, 1843 S. 11:„...Uebung mit dem Bewusstsein eines rechtlichen sollens...."; Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 1-e Auflage, 1844, S. 21.

[4]) C. F. Gerber, „Das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts", 1846, S. S. 260—261.

[5]) A. Friedländer, „Juristische Encycolpaedie", 1847, S. 63.

[6]) O. c., S. 63.

Но особенно любопытны воззрѣнія Безелера, выставившаго ученіе объ особомъ «народномъ» правѣ, противополагая его не только закону и праву юристовъ, но даже и обычному праву. Впервые изложилъ онъ свои воззрѣнія въ 1843 году въ книгѣ «Volksrecht und Juristenrecht», а впослѣдствіи почти безъ измѣненій повторилъ въ «System des gemeinen deutschen Privatrechts». Первоначально право всякаго народа есть «народное» право, Volksrecht,[1]) но при дальнѣйшемъ развитіи народъ теряетъ способность непосредственно создавать свое право;[2]) выдѣляются особые органы правообразованія—законодательная власть и классъ юристовъ.[3]) Народное право, право юристовъ и законъ—всѣ вмѣстѣ составляютъ національное право; народное право и право юристовъ—составляютъ неписаное или обычное право.[4]) Но въ дальнѣйшемъ изложеніи Безелеръ, впадая въ противорѣчіе съ послѣдней цитатой, отличаетъ «народное» право и «обычное» право,[5]) которое въ «System» онъ еще иначе называетъ обыкновеніемъ, das Herkommen. Въ народномъ правѣ обычай, т. е. фактическое примѣненіе нормъ, есть лишь внѣшній признакъ наличности права, а въ обычномъ правѣ обычаи (Gewohnheit, Herkommen, Uebung) не являются внѣшнимъ проявленіемъ права, а служатъ элементами, его создающими.[6]) Если какія нибудь нормы покоятся не на

---

[1]) Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, S. 59; System des gem. deutschen Privatrechts. S. 77: „....die ursprüngliche, naïve Rechtsüberzeugung“ ...S. 79.

[2]) Volksrecht, S. 59. „....das Volk in seiner Gesammtheit verliert die sichere und unmittelbare Beherrschung seines Rechts“, System S. 46.

[3]) Volksrecht, S. 60; System, S. 46.

[4]) System, S. 46, 47, 78.

[5]) Volksrecht, S. 78: „....neben dem Volksrecht ein Gewohnheitsrecht annehmen“...

[6]) Volksrecht, S. 77: „....die Gewohnheit....nicht mehr, wie bei dem Volksrechte, ein blosses Kennzeichen des Rechts ist, sondern dieses selbst produciren hilft“....

природѣ вещей, а создались игрою случайности или произвола, то хотя бы онѣ съ теченіемъ времени вслѣдствіе образовавшейся привычки (Gewöhnung) вошли въ правовое сознаніе народа и дальнѣйшее ихъ примѣненіе совершается съ правовымъ убѣжденіемъ — онѣ все таки не сдѣлаются народнымъ правомъ а будутъ лишь «Herkommen». [1]) Но, говоритъ далѣе Безелеръ, обычное право можетъ постепенно превратиться въ народное право вслѣдствіе долгаго его примѣненія, когда оно настолько, такъ сказать, вплетется (die lange Uebung .... denselben mit .... der Rechtsanschauung des Volkes verwebt....) въ народное сознаніе, что станетъ настоящимъ народнымъ правомъ. [2]) Въ этомъ ученія Безелера объ «обычномъ» и «народномъ» правѣ мы наблюдаемъ цѣлую цѣпь противорѣчій. То онъ заявляетъ, что народное право создается исключительно народнымъ убѣжденіемъ, а фактическое примѣненіе (Uebung) есть лишь средство познанія этого народнаго права; [3]) то говоритъ, что фактическое примѣненіе нормъ «помогаетъ» созданію народнаго права [4]), т. е. какъ бы указываетъ на равноправность убѣжденія и фактическаго примѣненія; то вдругъ заявляетъ, что черезъ «lange Uebung» даже норма «обычнаго» права можетъ сдѣлаться нормой права «народнаго», [5]) такъ что здѣсь уже пріоритетъ оказывается за фактическимъ примѣненіемъ нормъ.

Но послѣдуемъ далѣе за Безелеромъ въ его изложеніи. Когда право перестаетъ воспроизводиться народомъ непосредственно, то оно образуется черезъ посредство особыхъ органовъ—въ видѣ законодательства и права юристовъ. Какъ законодатели, такъ и юристы, должны дѣйствовать, создавать

---

[1]) System, S. 90-92.
[2]) Volksrecht, S. 80.
[3]) O. c., S. 62, 77, 81. System, 77.
[4]) O. c., S. 77.
[5]) O. c., S. 80.

право, въ духѣ народа [1])—и тогда результаты будутъ хороши. Но иногда могутъ наступить различныя неблагопріятныя обстоятельства, какъ напримѣръ дурное законодательство, несоотвѣтствующая дѣятельность юристовъ, и право перестаетъ соотвѣтствовать характеру народа [2]). Въ особенности часто случается это съ правомъ юристовъ. Когда юристы теряютъ внутреннюю связь съ правовой жизнью народа, къ которому они принадлежатъ, право юристовъ оказываетъ очень вредное вліяніе [3]): народнее право, вмѣсто того чтобы развиваться и процвѣтать, получая свое выраженіе через классъ юристовъ какъ органа народа, начинаетъ вырождаться [4]). Выродившееся, несоотвѣтствующее духу народа, право юристовъ можетъ совершенно оттѣснить народное право такъ сказать на задній планъ [5]). У насъ въ Германіи, говоритъ Безелеръ, народное право весьма сильно испорчено неблагопріятными вліяніями рецепціи римскаго права, которое для нѣмецкаго народа является «обычнымъ» [6]), а не «народнымъ» правомъ [7]). Но остатки народнаго права всетаки въ Германіи сохранились и оказываютъ, полагаетъ Безелеръ, сильное вліяніе въ области права семейнаго, наслѣдственнаго, въ правахъ вещныхъ по отношенію къ недвижимостямъ; въ уголовномъ же правѣ, въ процессуальномъ правѣ вообще—народное нѣмецкое право совершенно подавляется римскимъ [8]). Затѣмъ Безелеръ беретъ одинъ частный случай, одинъ институтъ, именно права

---

[1]) Volksrecht, S. 65—66.

[2]) O. c., S. 77,

[3]) O. c., S. 345.

[4]) O. c., S. 84.

[5]) System, S. 97—98; S. 46: „...wenn das Volk..... von einem Juristenstande, der dem nationalen Geiste untreu geworden, oder von einer unfähigen... Gesetzgebung um sein eigenes, gutes Recht gebracht worden ist.“

[6]) Какъ извѣстно, еще Савиньи установилъ, что римское право реципировано въ Германіи въ формѣ обычнаго права. Savigny, System, I, S. 78—79.

[7]) Beseler, „Volksrecht“, S. 84; S. 78.

[8]) O. c., S.S. 141, 146, 147, 149, 151.

ассоціацій (die Association, die Genossenschaft), и показываетъ, какъ основы права, регулирующаго правоотношенія этого рода, несомнѣнно принадлежатъ праву германскому; какъ потомъ римское право внѣдрилось въ эту область, суживая сферу дѣйствія германскаго права и уродуя его; и какъ въ новѣйшее время опять развивается въ этой области національное нѣмецкое право[1]).

Теорія Безелера по справедливости можетъ считаться доведеннымъ до крайней односторонности ученіемъ исторической школы о происхожденіи права изъ народнаго убѣжденія. Если мы станемъ разбирать воззрѣнія Безелера какъ готовую общую теорію права, то найдемъ конечно ихъ въ высшей степени туманными и неопредѣленными. Онъ признаётъ существованіе какаго-то «народнаго» права, отличнаго отъ права обычнаго; предполагаетъ, что это «народное» право можетъ исчезнуть и въ одно и то же время признаётъ его всетаки существующимъ; это простодушное наивное убѣжденіе, выходитъ по Безелеру, живетъ постоянно въ глубинахъ народнаго духа, но часто ровно ни въ чемъ извнѣ не выражается.—Если же мы обратимъ вниманіе на то, какъ Безелеръ дошелъ до своей теоріи «народнаго» права, то дѣло объяснится довольно просто. Несомнѣнно, что за Volksrecht Безелеръ первоначально принялъ ничто иное, какъ остатки германскаго права, дѣйствовавшаго до рецепціи римскаго права. И это отдѣльное наблюденіе онъ обобщаетъ, возводитъ въ теорію и ищетъ «хорошаго народнаго» права въ массѣ «дурнаго обычнаго». Безелеръ конечно воленъ называть старое германское право какъ ему угодно, но обобщать фактъ двойственности обычнаго права, имѣвшій мѣсто въ Германіи, нельзя. Обычное право можетъ слагаться изъ двухъ и болѣе элементовъ, но всетаки оно будетъ единое обычное право. Вѣдь пожалуй германское обычное право до рецепціи рим-

---

[1]) O. c., S.S. 158—194.

скаго права можно также разложить на составные элементы. Неужели и въ немъ Безелеръ сталъ-бы отыскивать «народное» и «обычное» право?

Въ 1848 году Рейнгольдъ Шмидъ предложилъ впервые болѣе или менѣе полную критику теоріи исторической школы. Сторонники этой теоріи, съ Савиньи во главѣ, говоритъ онъ, истинное право видятъ лишь въ старомъ, исторически сложившемся правѣ, отрицая всякое значеніе за разумомъ, какъ источникомъ права [1]), и приэтомъ принимаютъ исторически сложившееся право за нѣчто данное, совершенно обходя вопросъ о самыхъ первыхъ стадіяхъ правообразованія, о доисторическомъ происхожденіи права [2]). Затѣмъ Шмидъ неоднократно упрекаетъ историческую школу за то, что она персонифицировала понятіе о народномъ духѣ, объявляя право непосредственнымъ продуктомъ дѣятельности этого народнаго духа [3]). Въ частности, стоя на этой точкѣ зрѣнія, Шмидъ отрицаетъ моментъ правоваго убѣжденія (rechtliche Ueberzeugung) въ дѣлѣ правообразованія [4]). Правовое убѣжденіе можетъ проявляться лишь въ двухъ формахъ—или въ формѣ убѣжденія, что данная норма *есть* норма права, или въ формѣ убѣжденія, что такая то норма *должна быть*, *должна сдѣлаться* нормой права. Но ни въ той, ни въ другой формѣ правовое убѣжденіе не можетъ создать права. Въ первомъ случаѣ убѣжденіе не можетъ создать права потому, что оно предполагаетъ его уже существующимъ [5]); во второмъ случаѣ убѣжденіе само по себѣ не можетъ создать права, оно должно выразиться по

---

[1]) R. Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, 1848, S. 53.

[2]) O. c., S. 54: „....wie das Recht überhaupt in die Geschichte gekommen sei"; S. 170; S. 199.

[3]) O. c., S.S. 173, 174, 223.

[4]) O. c., S. 216.

[5]) Позднѣйшіе авторы, какъ увидимъ, формулируютъ это возраженіе такъ: если правовое убѣжденіе состоитъ въ убѣжденіи, что данная норма *есть* право, то выйдетъ, что созданіе нормъ права всегда основывается на ошибкѣ.

крайней мѣрѣ въ общей волѣ—а предположеніе о такой правотворящей волѣ есть ничто иное, какъ извѣстная уже намъ персонификація народнаго духа [1]). Относясь отрицательно къ идеѣ правоваго убѣжденія, Шмидъ учитъ, что право происходитъ изъ разума путемъ сознательнаго регулированія общественныхъ отношеній сообразно нашимъ *интересамъ*, такъ что дѣйствія первоначально произвольныя, повторяемыя вслѣдствіе ихъ цѣлесообразности, мало по малу входятъ въ привычку и совершаются уже невольно, какъ нѣчто необходимое и неизбѣжное [2]). У Шмида есть даже нѣкоторыя указанія на значеніе первичныхъ договоровъ и первичныхъ судебныхъ рѣшеній для образованія права [3]). Имѣя такіе взгляды на происхожденіе права вообще и обычнаго права въ частности, Шмидъ конечно былъ далекъ отъ того восторженнаго преклоненія передъ обычнымъ правомъ, которое замѣчается у авторовъ критикуемаго имъ направленія [4]). Мы не можемъ, говоритъ онъ, признать всякую норму права, принятую въ данномъ обществѣ, за нѣчто естественное (naturgemäss). Естественно то, что справедливо и цѣлесообразно, но общественное мнѣніе не всегда лучшій судья въ этомъ дѣлѣ, такъ какъ себялюбіе и недостатокъ знанія очень часто дѣлаютъ воззрѣнія массы ошибочными. [5]) Поэтому правительство должно наблюдать за дѣятельностью общества и въ области правообразованія, такъ что силу обычнаго права воспринимаютъ лишь тѣ нормы, которыя получили явно выраженное или молчаливое одобреніе государственной власти. [6])

---

[1]) O. c., S.S. 219—221; 223.

[2]) O. c., S.S. 107; 216; 217.

[3]) O. c., S.S. 204, 206.

[4]) Пухта и, въ особенности, Безелеръ.

[5]) R. Schmid, O. c., S. 245: „Naturgemäss ist nur was gerecht und zweckmässig ist, darüber ist aber die öffentliche Meinung nicht immer die beste Richterin, denn Eigennutz und Mangel an Kenntnis der Sache verdunkeln gar oft die ansichten der Masse.

[6]) O. c., S. 245; 236.

Мы видимъ, что воззрѣнія Рейнгольда Шмида весьма прогрессивны, онъ можетъ считаться однимъ изъ непосредственныхъ предшественниковъ Іеринга. Шмидъ отвергаетъ опредѣленіе права какъ общей воли, избѣгаетъ господствовавшихъ въ то время полумистическихъ воззрѣній на народный духъ съ вытекающимъ изъ нихъ преклоненіемъ передъ обычнымъ, народнымъ, правомъ; для него ясно, что въ основѣ права лежитъ интересъ, что оно развивается постепенно изъ сознательно-цѣлесообразной дѣятельности отдѣльныхъ членовъ общества, т. е. что право развивается не само собой незамѣтно изъ глубины народнаго духа, а путемъ казуальнаго творчества. Но не смотря на такую основательную критику воззрѣній исторической школы Р. Шмидомъ—всетаки и послѣ того, въ пятидесятыхъ годахъ, мы видимъ два параллельныя направленія въ наукѣ права, одно въ духѣ исторической школы, другое—прогрессивное.

Адольфъ Шейрль называетъ право общей волей, единственнымъ источникомъ его—народный духъ, и указываетъ, что обычное право происходитъ изъ общаго правоваго убѣжденія, а фактическое примѣненіе нормъ есть лишь средство познанія его. [1]) Бёкингъ говоритъ, что обычное право имѣетъ источникомъ національное убѣжденіе; фактическое же примѣненіе нормъ (die Consuetudo)—не источникъ, а только форма проявленія и средство познанія права. [2]) Блюнчли полагаетъ, что обычное право есть продуктъ безсознательной правообразовательной дѣятельности народа. [3]) Варнкёнигъ, въ своей Энциклопедіи, основываетъ право на общемъ правовомъ убѣжденіи народа. [4]) По отношенію обычнаго права онъ говоритъ, что первая причина возникновенія обычнаго права

---

[1]) Ad. Scheurl, Lehrbuch der Institutionen, 1850 (1-е изданіе).

[2]) E. Böcking, Pandekten, 1853, I, S. 15.

[3]) Dr. Bluntschli, Deutsches Privat-Recht, 1853 (1-е изданіе).

[4]) L. A. Warnkönig, Juristische Encyclopaedie, 1853, S. 25.

лежитъ въ общемъ убѣжденіи народа, а фактическое примѣненіе данной нормы есть моментъ, хотя и равной съ первымъ важности, но всетаки вторичный.[1]) Въ этомъ же смыслѣ высказываются Бринцъ и Унгеръ.[2]) Блюме выражаетъ мысль еще болѣе близкую къ взглядамъ Кирульфа и Вехтера, говоря, что обычное право основывается на народномъ убѣжденіи и фактическомъ примѣненіи (Uebung) и что это послѣднее не есть только средство познанія обычнаго права, но и необходимое условіе его возникновенія.[3]) Вальтеръ идетъ въ этомъ отношеніи еще далѣе и хотя выводитъ право изъ народнаго правоваго чувства[4]), но при этомъ указываетъ, что обычное право въ своемъ развитіи проходитъ три стадіи: сначала новое правовое воззрѣніе выражается въ отдѣльныхъ единичныхъ случаяхъ, потомъ являются подражатели и наконецъ вслѣдствіе постояннаго повторенія примѣненія данная норма пріобрѣтаетъ всеобщее признаніе и получаетъ характеръ необходимости.[5]) Т. е., Вальтеръ переноситъ центръ тяжести правообразовательнаго процесса цѣликомъ въ область фактическаго примѣненія нормъ, такъ называемаго Uebung.

Такимъ образомъ выясняется, что въ средѣ ученыхъ исторической школы въ тридцатыхъ, сороковыхъ и пятидесятыхъ годахъ опредѣляются два различныхъ направленія. Одно направленіе признаетъ единственнымъ источникомъ права народное убѣжденіе, а фактическое примѣненіе нормъ считаетъ лишь формой выраженія и средствомъ познанія права—это непосредственные послѣдователи Пухты. Другое направленіе придаетъ одинаковое значеніе и народному убѣжденію и фактическому примѣненію нормъ права, считая оба эти условія

---

[1]) O. c., S. 40.

[2]) A. Brinz, Lehrb. der Pand. 1857 (1-е изд). J. Unger, System, 1-е изд., 1856

[3]) Friedrich Bluhme, Encyclopaedie, 2-e Aufl. 1854 (1-e Aufl, 1847), S.S. 33, 37.

[4]) Ferd. Walter, Juristische Encyclopaedie, 1856, S. 22.

[5]) O. c., S. 23.

равнозначущими въ процессѣ образованія права. Нѣкоторые даже приписываютъ фактическому примѣненію бо́льшее значеніе, чѣмъ правовому сознанію народа, и тѣмъ приближаются къ прогрессивному направленію. Это послѣднее отрицаетъ народное убѣжденіе, какъ факторъ правообразованія (хотя, какъ мы увидимъ послѣ, и не совсѣмъ основательно) и въ концѣ сороковыхъ и въ пятидесятыхъ годахъ начинаетъ критиковать теорію исторической школы и въ другихъ отношеніяхъ. Писатели этого направленія, какъ уже сказано выше о Р. Шмидѣ, должны считаться предшественниками Іеринга, если не по времени, то по переходному характеру своихъ воззрѣній. Къ числу таковыхъ мы можемъ отнести, благодаря нѣкоторымъ особенностямъ—Аренса, хотя онъ ближе стоитъ къ исторической школѣ, чѣмъ къ Іерингу. Аренсъ придерживается волевой теоріи права, но не говоритъ объ общей волѣ всего народа. Законъ, говоритъ онъ, устанавливается органами государственной власти [1]), а обычное право имѣетъ своимъ источникомъ произвольные поступки отдѣльныхъ людей (Willenshandlungen Einzelner). Эти дѣйствія отдѣльныхъ индивидуумовъ повторяются, находятъ подражателей и такимъ путемъ образуется обычай. [2]) Если подобныя дѣйствія совершаются съ сознаніемъ правовой необходимости и не противорѣчатъ требованіямъ разума и доброй нравственности, то это будетъ обычное право. [3]) Право юристовъ и судебную практику Аренсъ не считаетъ за особые источники права, потому что они только обработываютъ и примѣняютъ уже существующіе законы и нормы обычнаго права. [4])

Въ пятидесятыхъ годахъ и въ началѣ шестидесятыхъ годовъ томъ за томомъ (1852, 1854, 1858, 1865 г.г.) появилось сочи-

---

[1]) H. Ahrens, Juristische Encyclopaedie, 1855, S. 86.

[2]) O. c., S. 81.

[3]) O. c., S. 82—83.

[4]) O. c., S.S. 93; 96—97.

ненiе Iеринга «Der Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung», составившее эпоху въ наукѣ права. Но прежде чѣмъ перейти къ ознакомленiю съ идеями Iеринга, изложенными въ этомъ произведенiи, мы должны остановить вниманiе еще на одномъ ученомъ пятидесятыхъ годовъ, который сдѣлалъ весьма любопытную попытку обосновать теорiю права на совершенно иныхъ началахъ, чѣмъ тѣ, которыя были приняты въ современной ему литературѣ. Это—Людвигъ Кнаппъ. Вслѣдствiе способности человѣческаго организма сохранять слѣды испытываемыхъ ощущенiй —въ насъ постепенно накопляется запасъ впечатлѣнiй и ощущенiй, которыя различнымъ образомъ комбинируются благодаря нашей способности къ абстракцiи и ассоцiацiи. [1]) Если испытываемыя нами въ каждый данный моментъ ощущенiя гармонируютъ съ состоянiемъ нашей психики, являющимся результатомъ прежнихъ впечатлѣнiй нашей жизни, то получается чувство удовольствiя; въ противномъ случаѣ является чувство неудовольствiя. [2]) При этомъ авторъ вскользь высказываетъ мысль, что если бы прiятныя ощущенiя не были связаны съ полезными для вида явленiями, то видъ погибъ-бы. [3]) Въ чувствѣ удовольствiя заключается внутреннее удовлетворенiе, въ чувствѣ неудовольствiя заключается ощущенiе потребности (ein inniges Bedürfen). [4]) Изъ этой потребности рождается стремленiе (das Begehren). [5]) Стремленiе можетъ быть сознательно и безсознательно. Если оно сознательно, но не вызываетъ мускульной дѣятельности, то это будетъ желанiе (Wunsch); если вызываетъ мускульную

---

[1]) L. Knapp, System der Rechtsphilosophie, 1857, S.S. 46, 47, 49.

[2]) O. c., S. 106: „...das Lust und Unlustgefühl aus der Winkelrichtung resultirt, in welcher sich die erinnerten mit den lebendigen Gefühlsempfindungen schneiden...“

[3]) O. c., S. 113—114.

[4]) O. c., S. 114.

[5]) O. c., S. 118.

дѣятельность, то это будетъ воля (Wille).[1] Переходя затѣмъ отъ этихъ общихъ разсужденій къ теоріи права, Кнаппъ говоритъ, что человѣкъ живетъ въ обществѣ; ни обойтись безъ помощи себѣ подобныхъ, ни избѣжать вліянія общества онъ не можетъ; поэтому въ общежитіи развивается нѣкоторый порядокъ взаимоотношеній сочленовъ, чтобы каждый могъ, съ наименьшими столкновеніями и съ наилучшими результатами, удовлетворять свои потребности.[2] Этотъ общественный порядокъ, это подчиненіе индивидуума виду Кнаппъ называетъ нравственностью (Sittlichkeit), которая распадается на двѣ области, мораль и право (in Moral und Recht zerfällt).[3] Правила морали имѣютъ внутреннюю принудительную силу, предписанія права—внѣшнюю.[4] Внутренній принудительный элементъ права совершенно ускользнулъ отъ Кнаппа; онъ считаетъ правовое чувство производнымъ отъ внѣшняго принужденія.[5]).

Оставляя въ сторонѣ устарѣлую психологію Кнаппа, не обращая вниманія на его тяжелый языкъ и въ высшей степени странную терминологію[6]), мы не можемъ не видѣть въ его взглядахъ довольно послѣдовательно проведенныя начала утилитарно-эволюціонной теоріи. Точка зрѣнія Кнаппа такая: человѣческій организмъ развивается при извѣстныхъ условіяхъ; извѣстныя ощущенія, ему полезныя, стали для него привычными; непривычныя ощущенія вызываютъ въ немъ неудовольствіе, стремленіе къ превращенію непривычныхъ ощущеній въ привычныя. Люди живутъ въ обществѣ и сте-

---

1) O. c., S. 119—120.
2) O. c., S. 143.
3) O. c., S. 144.
4) O. c., S. 151, 193.
5) O. c., S. 193, § 135. Т. е. также какъ Іерингъ, см. Zweck, I, S. XIV.
6) Напримѣръ, народное хозяйство онъ опредѣляетъ какъ „мускульно-принудительное подчиненіе природы человѣку“ (S. 144); нравственность — какъ „мускульно-принудительное подчиненіе человѣка виду“ (Ibid).

пень успѣха ихъ дѣятельности зависитъ отъ порядка взаимоотношеній и взаимодѣйствія членовъ общества. Для наилучшаго достиженія своихъ цѣлей люди и выработали извѣстный общественный порядокъ. Точка зрѣнія несомнѣнно правильная, но такъ какъ съ одной стороны Кнаппъ изложилъ свои воззрѣнія въ неудачной и притомъ сухо-догматичной формѣ, а съ другой стороны ни общество, ни ученые по тогдашнему состоянію знаній не были подготовлены къ подобному обоснованію теоріи права— то книга Кнаппа прошла почти незамѣченной и не доставила ему ни единомышленниковъ, ни послѣдователей.

Глава 5-я.

Отъ „Geist des Römischen Rechts" до „Kampf um's Recht" и „Zweck im Recht".

Теперь мы обращаемся къ ознакомленію съ первымъ затрогивающимъ общіе вопросы права сочиненіемъ того писателя, который является центральной фигурой всего нашего изслѣдованія. Рудольфъ Іерингъ въ своемъ «Geist des Römischen Rechts» даетъ не только блестящую критику теоріи исторической школы, но и предлагаетъ взамѣнъ ея свою, законченную, цѣльную теорію, не смотря на то что изложена она у него въ видѣ отрывочныхъ разсужденій, разбросанныхъ въ четырехъ томахъ Geist'а,

Касаясь вопроса объ опредѣленіи понятія права, Іерингъ горячо нападаетъ на господствовавшую въ то время волевую теорію права. Не воля, а интересъ есть существенный элементъ понятія права. Право существуетъ не для того, чтобы реализировать идею абстрактной воли; напротивъ, оно гарантируетъ жизненные интересы, помогаетъ удовлетворенію потребностей, достиженію цѣлей. [1]) Право принадлежитъ тому, кто пользуется, а не тому, кто изъявляетъ волю. Способность желать, изъявлять волю, можетъ быть угнетена и даже парализована безъ соотвѣтствующей потери правъ; субъектомъ права является тотъ, кому предназначено пользоваться пра-

---

[1]) R. Ihering, „L'esprit du droit romain", traduit par Meulenaere, IV, p. 325.

вомъ (дестинатарій), задача права—гарантировать ему это пользованіе. [1]) Если бы охрана воли была цѣлью права, что сталось бы съ правами лицъ, воли не имѣющихъ? Между тѣмъ мы видимъ на каждомъ шагу, что охраняются права лицъ, воли не имѣющихъ или имѣющихъ не достаточно развитую волю. Права безумныхъ, права дѣтей, даже утробныхъ младенцевъ, весьма строго охраняются. [2]) Затѣмъ волевая теорія права совершенно не объясняетъ правъ юридическихъ лицъ. Юридическое лицо, какъ таковое, не способно пользоваться правомъ—оно не имѣетъ ни интересовъ, ни цѣлей; съ точки зрѣнія волевой теоріи мы должны приписать юридическимъ лицамъ волю, персонифицировать ихъ. На самомъ же дѣлѣ дестинатаріями являются люди, въ чьихъ интересахъ существуютъ учрежденія, признаваемыя юридическими лицами. [3]) Съ этой же точки зрѣнія объясняется напримѣръ право участія общаго. [4]) Право есть ничто иное какъ юридически охраненный интересъ. [5]) Главный признакъ права—это цѣлесообразность его. [6]) Люди создали право путемъ долгаго процесса исканія, приспособленія, борьбы. Историческая школа оказала огромную услугу наукѣ права, опровергнувъ старое воззрѣніе о произвольномъ образованіи права и доказавъ, что право возникаетъ первоначально какъ продуктъ дѣятельности народнаго духа и затѣмъ развивается постепенно историческимъ путемъ; что лишь позже рядомъ съ обычнымъ правомъ, какъ первымъ источникомъ права, возникаетъ второй

---

[1]) O. c., IV, p. 323.

[2]) O. c., IV, p.p. 319, 348.

[3]) O. c., IV, p.p. 323, Note [494]); 340—341; 343.

[4]) O. c., IV, p. 347.

[5]) O. c., IV, p. 326. Въ томъ же Geist'ѣ, 1, S. 332, Іерингъ, какъ бы еще не отрѣшившись отъ старыхъ воззрѣній, называетъ право волей: „Das Recht sit .... keine intellektuelle Potenz, sondern eine moralische, es ist Wille“.

[6]) Geist, I, S. 328.

источникъ—законодательство. Вмѣсто идеи механическаго созданія права историческая школа выставила идею органическаго его происхожденія, какъ продукта жизни народа. [1]) Но историческая школа горько ошибалась въ своемъ предположеніи, будто право возникаетъ и развивается медленнымъ, незамѣтнымъ процессомъ естественнаго роста. [2]) Это не такъ, право создается изъ дѣятельности, изъ борьбы; [3]) всякое право сначала проходитъ стадію развитія, гдѣ оно является простою самопомощью, мщеніемъ; [4]) первые зачатки правоваго чувства мы наблюдаемъ въ сознаніи *своего* права, основаннаго на затратѣ собственныхъ силъ: то, что человѣкъ добылъ по́томъ и кровью, то онъ желаетъ удержать за собой. [5]) Всѣ народы прошли этотъ трудный путь правообразованія путемъ самодѣятельности отдѣльныхъ личностей, только эти старыя времена уже позабылись; потъ и кровь человѣческіе, пролитые для созданія права, одѣты покровомъ забвенія и окутаны туманомъ сверхъестественнаго происхожденія. [6]) Но въ исторіи римскаго права для насъ сохранилась картина истиннаго происхожденія права. То положеніе, что самодѣятельность отдѣльныхъ личностей (die persönliche Thatkraft) является источникомъ права, есть азбука въ исторіи римскаго права. [7]) Мечемъ создано римское право и копье его символъ. [8]) Начиная съ тѣхъ временъ, когда сила и право совпадали, когда право было самопомощью, самообороной; проходя черезъ эпоху, когда люди расправѣ собственными силами, вслѣдствіе сомнительности ея исхода, стали предпочитать добровольное по уговору

---

[1]) O. c., II, S. 28—30.

[2]) O. c., II, S. 31: „... der s g. naturwüchsigen Bildung“.

[3]) O. c., I, S. 114: „Die Thatkraft, die Gewalt also ist die Mutter des Rechts“.

[4]) O. c., I, S. 118–119.

[5]) O. c, I, S. 109.

[6]) O. c., I, S. 107.

[7]) Ibidem.

[8]) O. c., I, S. 109–110.

подчиненіе рѣшенію посредниковъ—мы доходимъ наконецъ до возникновенія судовъ. Но вездѣ сквозитъ одна и та же идея—что личная самодѣятельность является создательницей и охранительницей права. Впрочемъ эта индивидуальная сила есть не голая физическая сила; правовымъ чувствомъ она возводится на степень нравственной силы, служащей идеѣ права.[1]) Кромѣ этихъ основныхъ положеній общей теоріи права Іерингъ высказался еще въ подробностяхъ относительно смысла и значенія обычнаго права и закона, ихъ взаимоотношенія одного къ другому и къ нравственности. Іерингъ соглашается, что право всегда возникаетъ въ формѣ обычнаго права. [2]) Обычное право основывается на народномъ правовомъ убѣжденіи, какъ нравственность—на нравственныхъ воззрѣніяхъ. Въ этомъ отношеніи обычное право и нравственность *внѣшнимъ* образомъ другъ отъ друга не отличаются; отличіе между ними лишь внутреннее по качеству лежащихъ въ основѣ ихъ чувствъ—нравственнаго чувства долга и правоваго сознанія обязанности. Но и эта разница иногда стушевывается и все отличіе между правомъ и моралью сводится къ различію *степени интенсивности* одушевляющаго людей чувства долга. [3]) Т. е. Іерингъ ясно высказываетъ здѣсь ту идею, что обычное право есть какъ бы переходная ступень между областью морали и права въ собственномъ смыслѣ, т. е. закона. Но, продолжаетъ Іерингъ, обычному праву не достаетъ опредѣленности, твердости; сознаніе юридической необходимости можетъ у одного проявляться сильнѣе, у другаго

---

[1]) O. c., I, S. 175. Въ одной изъ позднѣйшихъ статей Іерингъ еще разъ указываетъ на ошибочность воззрѣній исторической школы въ этомъ отношеніи, Gesammelte Aufsätze, II, S. 14. Таже точка зрѣнія на образованіе права сознательной дѣятельностью развивается въ Entwickelungsgeschichte des Römischen Rechts, изданной послѣ смерти Іеринга, 1894, стр. 13 и слѣд., особенно 28.

[2]) Geist, II, S. 33.

[3]) O. c., II, S. 32.

слабѣе, чувствуется потребность придать праву надлежащую устойчивость и прочность. Средствомъ къ тому является законодательство. Конечно, законодательство имѣетъ недостатки— вмѣсто живаго правоваго чувства оно даетъ намъ мертвую букву, вмѣсто цѣльнаго правосозерцанія, какъ въ зеркалѣ отражающаго въ себѣ всѣ реальныя правоотношенія, являетъ оно кучу осколковъ этого зеркала въ формѣ параграфовъ различныхъ кодексовъ—но всѣ эти недостатки съ избыткомъ окупаются той твердостью, опредѣленностью, равномѣрностью, спокойствіемъ, прочностью, которыя пріобрѣтаетъ право, принимая форму закона. [1]) Законъ поэтому есть единственная форма права. [2])

Такіе взгляды высказалъ Іерингъ въ пятидесятыхъ годахъ. Его идея о борьбѣ за право, опредѣленіе права какъ охраны интересовъ, его воззрѣнія на законъ какъ на высшую форму права—не только живы до сихъ поръ, но получаютъ дальнѣйшее развитіе и могутъ считаться такимъ же прочнымъ достояніемъ науки, какъ и идеи исторической школы о постепенномъ развитіи права, какъ одной изъ сторонъ народной жизни, и объ обычномъ правѣ, какъ первичной формѣ права. Оставаясь на почвѣ теоріи исторической школы, признавая основныя мысли ея правильными, Іерингъ двинулъ науку значительно впередъ сравнительно съ ученіемъ исторической школы и открылъ новые пути и широкіе горизонты въ области общей теоріи права. Конечно, рядомъ съ такими первоклассными достоинствами у Іеринга есть и недостатки, но намъ придется заняться обсужденіемъ достоинствъ и недостатковъ его теоріи ниже, когда мы познакомимся съ его критиками, а теперь мы оставимъ пока этого маститаго ученаго и будемъ продолжать наше изслѣдованіе судебъ исторической школы и новыхъ направленій въ наукѣ права въ ихъ парал-

---

[1]) O. c., II, S.S. 33–37.
[2]) O. c., II, S. 38.

лельномъ развитіи въ шестомъ, седьмомъ, восьмомъ и девятомъ десятилѣтіяхъ и первой половинѣ десятаго десятилѣтія девятнадцатаго вѣка.

Не смотря на блестящую критику многихъ сторонъ теоріи исторической школы, предложенную Іерингомъ—и послѣ изданія его Geist'a продолжали появляться сочиненія, написанныя въ строгомъ духѣ исторической школы со всѣми ея достоинствами и недостатками, хотя послѣднихъ, казалось бы, легко было и избѣжать. Въ 1860 году появилось второе изданіе «Deutsches Privatrecht» Блюнчли, гдѣ между прочимъ излагается, что обычное право возникаетъ и развивается безсознательно, непроизвольно. [1]) Келлеръ также высказывается за безсознательное происхожденіе обычнаго права. [2]) Вангеро въ седьмомъ изданіи своего учебника въ 1863 г. повторяетъ идеи Пухты, что фактическое примѣненіе нормъ является лишь внѣшнимъ проявленіемъ и средствомъ познанія обычнаго права, что норма обычнаго права въ народномъ правовомъ сознаніи существуетъ ранѣе примѣненія, хотя прибавляетъ, что бываютъ по исключенію случаи и обратнаго порядка, гдѣ примѣненіе нормы предшествуетъ убѣжденію въ ея правовой необходимости. [3]) Виндшейдъ говоритъ, что источникъ права одинъ—это разумъ народа. Онъ можетъ творить право или непосредственно путемъ фактическаго примѣненія извѣстныхъ нормъ (Uebung) или посредственно, черезъ законодательную власть въ государствѣ (какъ выражается Виндшейдъ—durch Delegation). [4]) Верингъ полагаетъ, что для возникновенія обычнаго права нужно пра-

---

[1]) Dr. Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 2-e Aufl. 1860, S. 10.

[2]) F. L. v. Keller, Pandekten, 1861, S. 2: „Die Rechtsideen werden erst instinktmässig im Leben befolgt und wirken gleichsam als Naturkraft auf dasselbe, wie es auch bei Sprache und Sitte zugeht“.

[3]) K. A. v Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7-e Aulf, 1863, I, S. 41.

[4]) B. Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts, 1-e изданіе 1862 года; 2-e изданіе 1867, I, S. 40.

вовое сознаніе и фактическое примѣненіе нормъ. [1]) Синтенисъ называетъ право общей волей, ограничивающей свободу частныхъ воль; [2]) источникомъ права онъ считаетъ общенародное правовое убѣжденіе, [3]) но рядомъ съ этимъ моментомъ, какъ равнозначущій, ставитъ моментъ фактическаго примѣненія (Uebung) и предупреждаетъ, что не слѣдуетъ думать, будто первый изъ этихъ элементовъ можетъ предшествовать второму, хотя обратное иногда наблюдается, такъ что случается видѣть постепенное образованіе правоваго убѣжденія какъ слѣдствіе постояннаго примѣненія какой нибудь нормы. [4])

Но изъ этихъ примѣровъ нельзя еще выводить слѣдствія, будто разсмотрѣнное сочиненіе Іеринга прошло совершенно безслѣдно. Напротивъ, критика исторической школы стала теперь на твердую почву и въ значительной степени развилась и усилилась. Эрнстъ Мейеръ уже́ въ 1861 году пишетъ, что право развивается вовсе не подобно растенію изъ зерна, а является плодомъ тяжелой работы человѣческаго духа. [5]) Историческая школа придавала слишкомъ большое значеніе обычному праву, полагая будто оно можетъ отмѣнять законы. Въ Пруссіи напримѣръ существуетъ прямое запрещеніе примѣнять общее обычное право (ein ausdrückliches Verbot eines allgemeinen Gewohnheitsrechts) и прусское государство конечно сумѣло бы ввести въ должныя границы всякаго судью, который теорію обычнаго права какъ высшей формы правообразованія вздумалъ бы примѣнять на практикѣ. [6]) Теорія происхожденія права изъ народнаго убѣжденія есть

---

[1]) Friedr. Vering, Gesch. u. Pand., 1865 (1-е изданіе).

[2]) C. Fr. Ferd. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 3-e Aufl. 1868, I, S. 3.

[3]) O. c., I, S. 7.

[4]) O. c., I, S.S. 23—25.

[5]) E. Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, 1861, S. 33.

[6]) O. c., S. 19.

ничто иное какъ новая форма старой ошибочной теоріи народнаго суверенитета. [1]) Не народъ, а высшая государственная власть есть носитель правообразовательной функціи. [2]) Обычное право не отличается отъ закона ни по субъекту (образованіе обычнаго права должно считаться функціей представителя верховной власти, [3]) т. е, Э. Мейеръ является послѣдователемъ Gestattungstheori'и), ни по содержанію, ни по отношенію къ нимъ судьи. [4]) Вся разница въ формѣ. [5]) Шейрль, сторонникъ Пухты, указываетъ все таки на апріорность его сужденій и говоритъ, что нельзя выводить, какъ это дѣлаетъ Пухта, церковное обычное право изъ автономіи церкви, такъ какъ надо сначала доказать, что гражданское обычное право создается только *обще*народнымъ правовымъ сознаніемъ; между тѣмъ это принимается Пухтой какъ нѣчто данное, само собой разумѣющееся. [6]) Въ 1863 году Харумъ напечаталъ рѣчь, [7]) въ которой онъ критикуетъ историческую школу. «Естественное неравенство людей въ обществѣ, ихъ различіе въ матеріальной и духовной силѣ, привычка быть подъ давленіемъ другихъ, безсиліе и неспособность большинства, невозможность по своей житейской обстановкѣ заниматься юридическими и политическими работами, производитъ то».... что функція правообразованія изъ рукъ народа (обычное право) переходитъ въ руки государственной власти (законъ). «Пока историческое направленіе выставляетъ идею національности права, какъ исключительно вѣрную и руководящую, проти-

---

[1]) O. c., S.S. 20—21.

[2]) O. c., S. 23.

[3]) O. c., S. 28.

[4]) O. c., S.S. 29—30.

[5]) O. c., S. 27—28.

[6]) Ad. v. Scheurl, Kirchliche Gewohnheitsrecht, Zeitschr. f. Kirchenrecht, II Jahrg (1862), S.S. 185—186.

[7]) Подлинника мнѣ не удалось достать. Излагаю по статьямъ: Метла, Обычай и законъ, Юр. В. IX (1877) и E. Zittelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, Archiv. für civilistische Praxis, 66 Bd. (1883).

ворѣчіе, въ которомъ находится его ученіе съ усвоеніемъ римскаго права, останется вѣчно неразрѣшеннымъ—черезъ дверь національности римское право никогда не войдетъ въ нашу науку». Въ Кроаціи и до сихъ поръ уживается австрійское право, несмотря на то что оно не вытекло изъ кроатскаго народнаго духа. Право выступаетъ всегда какъ реальная сила, подчиняющая волю отдѣльныхъ лицъ своей волѣ; чтобы воля сдѣлалась правомъ не необходимо желаніе множества лицъ—довольно энергичнаго, умнаго меньшинства. Вильгельмъ Людерсъ прямо бросаетъ исторической школѣ упрекъ въ апріоризмѣ—ей недостаетъ твердаго базиса, доставляемаго опытомъ, эмпирическимъ изслѣдованіемъ. Рюкертъ и Данквардтъ, говоритъ Людерсъ, обратили вниманіе, что право имѣетъ своимъ источникомъ стремленіе къ удовлетворенію человѣческихъ потребностей; а что національныя свойства и особенности, которымъ историческая школа придаетъ такое значеніе, имѣютъ подчиненное, второстепенное вліяніе. [1]) Самъ Людерсъ стоитъ на той же утилитарной точкѣ зрѣнія. Тотъ необходимый порядокъ въ жизненныхъ отношеніяхъ, который осуществляется принудительно, называется правомъ, въ противоположность понятію факта. [2]) Жизненныя отношенія и вытекающія изъ нихъ потребности даютъ начало праву; оно возникаетъ изъ дѣятельности отдѣльныхъ лицъ; когда извѣстный способъ удовлетворенія потребностей оказывается цѣлесообразнымъ, то онъ находитъ себѣ подражателей и такимъ образомъ возникаютъ нормы, которыя примѣняются сначала произвольно, а потомъ съ сознаніемъ необходимости, будетъ ли это сознаніе темнымъ неяснымъ чувствомъ или свѣтлою мыслью—все равно. [3]) Потребности создаютъ право. И напрасно Іерингъ (очевидно Іерингъ въ то время еще такъ

[1]) W. Lüders, Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung, 1863, S S. 23, 29—30.

[2]) O. c., S. 33.

[3]) O. c., S.S. 36, 39, 48–49.

мало былъ понятъ, что Людерсъ по какому то странному недоразумѣнію причисляетъ его къ сторонникамъ классической исторической школы) трудится, отыскивая разныя національныя особенности римлянъ; «духъ» римскаго права—это ничто иное какъ потребности римской жизни. [1]) Какъ будто Іерингъ не высказывалъ этой точки зрѣнія въ своей идеѣ цѣлесообразности права!

Но не должно обращать большаго вниманія на эту и подобныя ошибки Людерса и остальныхъ авторовъ разобранныхъ сочиненій. Конечно, напримѣръ, Мейеръ грубо заблуждается, отрицая за обычнымъ правомъ дерогирующую законъ силу. Исторія представляетъ намъ много случаевъ отмѣны законовъ обычаемъ. Лучшимъ примѣромъ можетъ служить отмѣна крѣпостнаго права въ Англіи. Тамъ крѣпостное право и до сихъ поръ не отмѣнено закономъ (кромѣ закона Елизаветы объ освобожденіи государственныхъ крѣпостныхъ людей), но оно уже въ XVI столѣтіи вышло изъ употребленія, «ist obsolet geworden», [2]) т. е. отмѣнено силою обычая, и конечно никакой судъ въ Англіи не дастъ защиты притязаніямъ, основаннымъ на неотмѣненныхъ законахъ о крѣпостномъ правѣ. Конечно ошибается Харумъ, безусловно отождествляя право съ силой. Ясно, что неправъ Людерсъ, когда онъ смѣшиваетъ ученіе Іеринга съ теоріей исторической школы и огуломъ обвиняетъ эту школу въ апріоризмѣ, между тѣмъ какъ она только отчасти грѣшитъ въ этомъ отношеніи, а самыя основанія ея воззрѣній выработались несомнѣнно индуктивнымъ путемъ. Но эти и подобныя ошибки не уничтожаютъ значенія перечисленныхъ писателей; въ общемъ и цѣломъ ихъ воззрѣнія несомнѣнно прогрессивны—они усвоили идею психическаго труда въ процессѣ правообразованія, вѣрно

---

[1]) O. c, S. 35, Anm *).

[2]) W. Roscher, Grundlagen der Nationaloekonomie, § 73, Anm. [9]); Ad. Wagner, Grundlegung, § 201.

подмѣтили нѣкоторые недостатки исторической школы и правильно смотрятъ на законъ, какъ на высшую форму права, явившуюся на смѣну устарѣлой и уже мало пригодной въ современныхъ условіяхъ формѣ—обычному праву.

Въ 1872 году появилось первое изданіе «Борьбы за право» Іеринга, въ концѣ 1877 года первое изданіе его-же «Цѣль въ правѣ». Эти сочиненія надѣлали много шума и оказали гораздо бо́льшее вліяніе, чѣмъ «Духъ римскаго права». Тѣмъ не менѣе и въ семидесятыхъ годахъ и позднѣе вплоть до настоящаго времени продолжаютъ появляться сочиненія въ духѣ исторической школы, не говоря уже о критикѣ, которую вызвали упомянутыя работы Іеринга. Историческая школа имѣетъ и въ эту эпоху представителей обоихъ вышеуказанныхъ направленій. Такъ Ротъ и Тёль источникъ права видятъ почти исключительно въ правовомъ сознаніи, а примѣненіе нормъ считаютъ моментомъ второстепеннымъ. Тёль высказываетъ это въ сочиненіи посвященномъ торговому праву, но объясняетъ, что обычное торговое право обладаетъ тѣми же признаками, какъ и обычное право вообще. [1]) Оно покоится на общемъ убѣжденіи, оно есть явленіе первоначальное, непосредственное (ursprünglich, unmittelbar), какъ языкъ и нравы; [2]) не обычай, не фактическое примѣненіе создаетъ право; наоборотъ—данная норма не потому дѣлается правовой, что она вошла въ обычай, а потому она входитъ въ обычай, что сознается какъ правовая норма. [3]) Ротъ высказываетъ, что

---

[1]) Heinrich Thöl, Das Handelsrecht, 1875, I, S. 37.

[2]) O. c., I, S. 37.

[3]) O. c., I, S. 38: „Es ist nicht Rechtens weil es Gewohnheit ist, es ist Gewohnheit weil es Rechtens ist.“ „Das Gewohnheitsrecht wird durch die Uebung nicht erzeugt.“

источникъ обычнаго права есть народное правовое убѣжденіе, проявляющееся въ фактическомъ примѣненіи. [1]) Другіе писатели придаютъ одинаковое значеніе народному правосознанію и фактическому примѣненію нормъ. Алоизій Бринцъ учитъ все также, что право, совокупность нормъ необходимыхъ для поддержанія порядка въ обществѣ, [2]) создается или словомъ или дѣломъ. [3]) Чтобы слово стало правомъ—сказать его долженъ тотъ, кто имѣетъ власть; власть же должна въ свою очередь покоиться на правѣ. [4]) Чтобы дѣло стало правомъ—оно должно стать общимъ обыкновеніемъ (Gewohnheit, Sitte und Brauch werden) съ сознаніемъ юридической необходимости. [5]) Въ этомъ же смыслѣ, что обычное право создается примѣненіемъ извѣстныхъ положеній (Satzungen) съ сознаніемъ юридической необходимости, вновь высказывается Верингъ. [6]) Знаменитый Бернгардтъ Виндшейдъ говоритъ въ пятомъ изданіи своего учебника, что первоисточникомъ всякаго положительнаго права является разумъ народовъ. Непосредственно создаетъ онъ право путемъ фактическаго примѣненія извѣстныхъ положеній (Uebung); посредственно—черезъ делегацію, въ видѣ законодательства. [7]) Фактическое примѣненіе и правовое убѣжденіе равно необходимы для образованія обычнаго права. [8]) Баронъ говоритъ то же [9]) и высказывается даже въ томъ смыслѣ, что возможно возник-

---

[1]) Paul Roth, Bayrisches Civilrecht, 1881, I, S. 111.

[2]) A. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2-e Aufl., I, S. 90.

[3]) O. c., I, S. 112—113.

[4]) O. c, I, S. 113. Великолѣпно! a=в; в=a!

[5]) O. c., I, S. 114, 117.

[6]) Friedr. Vering, Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts, 4-e Aufl., 1875, S. 35.

[7]) B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5-e Auflage, 1879, I, S. S. 42—43.

[8]) O. c., I, 42; 43, Anm [2]): „Die nicht geübte Rechtsueberzeugung ist nicht Recht.“

[9]) J. Baron, Pandekten, 1879, S. 10.

новеніе такихъ нормъ обычнаго права, въ основѣ которыхъ нѣтъ правоваго убѣжденія, напримѣръ въ нормахъ касающихся сроковъ, формъ сдѣлокъ. Эти нормы по его мнѣнію произошли безъ участія правоваго убѣжденія прямо путемъ долгаго примѣненія. [1])

Слѣдующіе авторы высказывали воззрѣнія несогласныя съ теоріей исторической школы. Рюмелинъ опредѣляетъ право какъ общественный порядокъ, посредствомъ котораго идея добра принудительно осуществляется въ жизни. [2]) Въ другомъ мѣстѣ онъ даетъ сходное опредѣленіе—право есть общественный порядокъ, устанавливаемый и осуществляемый высшей властью для обезпеченія членамъ общества дозволеннаго пользованія благами. [3]) Тотъ же авторъ посвятилъ обычному праву монографію въ одномъ нѣмецкомъ юридическомъ журналѣ, написанную съ той же точки зрѣнія, но мы должны будемъ разсмотрѣть ее ниже. Зродловскій въ опредѣленіи понятія права держится волевой теоріи и говоритъ, что право ограничиваетъ волю отдѣльныхъ лицъ, указываетъ предѣлы, въ которыхъ она можетъ проявляться; [4]) но въ дальнѣйшемъ изложеніи онъ высказываетъ взгляды болѣе прогрессивные. Онъ признаетъ принужденіе необходимымъ моментомъ въ понятіи права. [5]) Въ ученіи объ обычномъ правѣ онъ свободенъ отъ увлеченій исторической школы идеей народнаго убѣжденія и даже ударяется въ другую крайность—отрицаетъ необходимость правоваго убѣжденія для возникновенія обычнаго права. Вѣдь случается, говоритъ онъ, что обычное право

---

[1]) O. c., S. 12—13.

[2]) Rumelin, Ueber das Rechtsgefühl, 1871. Помѣщено въ Reden und Aufsätze, I, S. 76.

[3]) A. c., Eine Definition des Rechts, 1880. Въ Reden und Aufsätze, II, S. 349.

[4]) Ferd. Zrodlowski, Das Römische Privatrecht 1-й томъ 1877 г. 2-й томъ 1886 г., I, S. 4.

[5]) O. c., I, S. 4.

отмѣняетъ законъ; неужели же можно утверждать, что это происходитъ въ силу правоваго сознанія? [1]) Однако самъ Зродловскій, по справедливому замѣчанію Циттельмана, [2]) не выдерживаетъ этого принципа и постоянно говоритъ о Rechtsüberzeugung. [3]) Противъ идеи общаго правоваго убѣжденія горячо полемизируетъ Францъ Адикесъ. Этотъ писатель критикуетъ прежде всего гипотезу народнаго духа и конечно успѣшно опровергаетъ ученіе той фракціи исторической школы, которая источникомъ права считаетъ народный духъ. [4]) Отвергнувъ возможность обосновать происхожденіе права на гипотезѣ народнаго духа, Адикесъ обращается къ другому источнику права, къ общему народному убѣжденію, и отвергаетъ и его, но отвергаетъ голословно говоря, что лишь очень немногія положенія, какъ-то необходимость повиновенія законамъ и обычаямъ, обязательность судебныхъ рѣшеній и т. д., могутъ считаться общепризнанными, въ большинствѣ же случаевъ существуютъ самыя разнообразныя мнѣнія и убѣжденія. [5]) Остается, слѣдовательно, еще одинъ только источникъ права, къ которому мы и должны обратиться—это субъективный разумъ, субъективное правосознаніе. [6]) Исторія, говоритъ Адикесъ, даетъ намъ много примѣровъ, когда право создавалось прямо субъективнымъ убѣжденіемъ. Въ средніе вѣка шеффены при недостаткѣ закона, а это сплошь и рядомъ случалось, судили такъ какъ *имъ* представлялось наилучшимъ сообразно съ условіями жизни вообще и

---

[1]) O. c., I, S. 33—34. Конечно можно: именно вслѣдствіе несоотвѣтствія закона съ жизнью онъ и можетъ отмѣняться обычнымъ правомъ. Объ этомъ подробно будетъ говорено ниже.

[2]) Zittelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, Arch. f. civil. Praxis, 66 Bd., S. 444, Anm 23).

[3]) Напр. Zrodlowski, o. c. I, S.S. 20, 21.

[4]) Franz Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872, S. 3.

[5]) O. c., S. 4.

[6]) O. c., S. 6.

даннаго конкретнаго случая въ частности.[1]) Въ Римѣ въ республиканскомъ періодѣ было время, когда приговоры по уголовнымъ дѣламъ постановлялись по свободному убѣжденію судящаго.[2]) Да и въ наше время всегда, когда является сомнѣніе въ смыслѣ закона, когда начинается толкованіе, рѣшаетъ дѣло ничто иное какъ субъективный разумъ судей,[3]) хотя этотъ субъективный правообразующій элементъ, какъ элементъ неопредѣленный, измѣнчивый, туманный, сдерживается въ должныхъ границахъ дѣйствующимъ объективнымъ правомъ.[4]) Такимъ образомъ, говоритъ Адикесъ, мы какъ бы отчасти возвращаемся къ ученію школы естественнаго права. Историческая школа отвергла апріорность теоріи естественнаго права и обратила науку отъ міра произвольныхъ абстракцій къ міру реальному. Но въ своемъ увлеченіи идеей народнаго духа она отвергла всякое значеніе за субъективнымъ разумомъ, не смотря на то что несомнѣнные факты говорятъ за него. Въ своей полемикѣ историческая школа, какъ говоритъ нѣмецкая пословица, выплеснула изъ ванны съ помоями и ребенка.[5]) Въ этихъ разсужденіяхъ Адикеса заключается весьма вѣрная мысль о происхожденіи права путемъ казульнаго творчества, о чемъ намъ придется современемъ говорить довольно подробно.—Въ ученіи объ обычномъ правѣ Адикесъ отрицаетъ всякое значеніе праваго убѣжденія, доказывая это такимъ разсужденіемъ. При примѣненіи нормъ обычнаго права оно примѣняется или судьями или, когда нѣтъ споровъ доходящихъ до суда, заинтересованными частными лицами. Въ послѣднемъ случаѣ правовое убѣжденіе не необходимо; есть примѣры это дока-

---

[1]) O. c., S. 7.
[2]) O. c., S. 7—8. Ссылка на Ihering'a, Geist, II § 25, Anm. 29.
[3]) O. c., S. 9—11.
[4]) O. c., S. S. 13, 22—23.
[5]) O. c. S. 19—20; „Das Kind war mit dem Bade ausgeschüttet."

зывающіе: таковъ обычай внесенія въ извѣстныхъ случаяхъ студентами залоговъ въ университетскую кассу въ Тюбингенѣ; опредѣленіе путемъ обычая компетенціи нѣкоторыхъ учрежденій; право диспенсаціи, основывающееся въ нѣкоторыхъ государствахъ на обычаѣ; регулированіе нормами обычнаго права платежей за право эмиграціи. [1]) Судьи же, говоритъ Адикесъ, если одинъ разъ постановлено ими извѣстное рѣшеніе, примѣняютъ его и въ другихъ случаяхъ вовсе не изъ правоваго убѣжденія, а ради единообразія. [2])

Но со всѣмъ этимъ мы никакъ не можемъ согласиться. Мы готовы допустить, что судьи примѣняютъ данное рѣшеніе постоянно ради единообразія; но вѣдь впервые оно было постановлено по правовому убѣжденію; мы отказываемся думать, чтобы судьи стали ради единообразія продолжать примѣнять такой способъ рѣшенія споровъ, о которомъ у нихъ сложилось бы убѣжденіе, какъ о неправомъ. Относительно правоваго сознанія въ приводимыхъ Адикесомъ, и подобныхъ, примѣрахъ—мы должны сказать, что конечно бываютъ случаи, въ особенности при возникновеніи новыхъ нормъ обычнаго права, когда правовое сознаніе еще неясно; бываютъ примѣры, когда для данной нормы обычнаго права не можетъ быть правоваго убѣжденія—но мы всегда можемъ найти болѣе общую норму, по отношенію къ которой данная норма является лишь развитіемъ частностей и опредѣленіемъ подробностей, причемъ эта болѣе общая норма всегда окажется имѣющей за собою правовое убѣжденіе. [3]) Если отвергнуть правовое сознаніе, то не останется различія между обычнымъ правомъ и простымъ обычаемъ. Чтобы быть послѣдовательнымъ Адикесъ долженъ былъ бы это отличіе отвергнуть, но онъ не сдѣлалъ этого логически для него необходимаго шага, такъ какъ очевидно сознавалъ невоз-

---

[1]) O. c., S. 53.

[2]) O. c., S. 55.

[3]) Объ этомъ подробно будетъ говорено ниже.

можность уничтожить различіе между понятіями обычая и обычнаго права. Но не смотря на эти ошибки Адикесъ въ своей небольшой книжкѣ высказываетъ много, какъ мы видѣли, дѣльныхъ мыслей, изъ которыхъ между прочимъ стоитъ указать еще одну. Осуждая пристрастіе исторической школы къ старому, исторически сложившемуся праву, онъ говоритъ, что подобно тому какъ прежде жившія поколѣнія и народы создали себѣ правовой порядокъ, такъ и современное поколѣніе должно создать себѣ право по своему желанію и по своимъ потребностямъ. [1]) Это конечно глубоко вѣрная мысль, но не слѣдуетъ забывать, что излишнимъ пристрастіемъ къ старому праву отличались лишь позднѣйшіе ученые исторической школы, доводившіе ея ученіе до крайности; самъ же основатель этой школы, Савиньи, какъ мы видѣли—вовсе не отрицаетъ возможности создавать новое право, а лишь полагаетъ, что не во всякое время каждый данный народъ къ этому способенъ.

---

[1]) O. c., S. 64.

Глава 6-я.

„Kampf um's Recht“ и „Zweck im Recht“.

Въ сравнительно короткій промежутокъ времени 1872—1877 г.г. появились два знаменитыхъ сочиненія Іеринга—«Борьба за право» и «Цѣль въ правѣ», томъ первый. Содержаніе ихъ настолько общеизвѣстно, что можно было бы его даже и не излагать; но такъ какъ эти книги вызвали горячую и не всегда справедливую критику, то для уясненія вліянія Іеринга на современную философію права мы въ краткихъ словахъ повторимъ главныя идеи, высказанныя имъ въ этихъ двухъ замѣчательныхъ произведеніяхъ, остановимся на основныхъ возраженіяхъ главныхъ критиковъ Іеринга и попытаемся опредѣлить степень основательности этихъ возраженій.

Право, говоритъ Іерингъ въ «Kampf um's Recht», не представляется намъ только отвлеченной теоріей, а является живою силой.[1]) Право есть продуктъ труда не только государственной власти, но и всего народа; жизнь права являетъ намъ картину неустаннаго труда, безпрерывной борьбы цѣлой націи, хотя конечно не всѣ проходятъ тернистый путь борьбы за право; жизнь однихъ течетъ среди мира и спокойствія, жизнь другихъ есть непрерывная война.[2]) Борьба за право представляется намъ въ двухъ формахъ—борьбы за объектив-

---

[1]) R. Ihering, Der Kampf um's Recht, 6-e Aufl. 1881, S. 1.

[2]) O. c., S.S. 2—3.

ное право и борьбы за субъективное право. Мы избираемъ предметомъ нашего сочиненія борьбу въ этомъ послѣднемъ смыслѣ. [1]) Несомнѣнна наличность борьбы за право при осуществленіи права со стороны государства; поддержаніе правоваго порядка—это постоянная борьба противъ беззаконія, противъ правонарушеній. [2]) Но и въ дѣлѣ возникновенія права, въ вопросѣ о его происхожденіи и развитіи вплоть до нашихъ дней, мы не можемъ обойти факта все той же борьбы за право. Савиньи—Пухтовская теорія представляетъ намъ процессъ образованія права незамѣтнымъ и безболѣзненнымъ, какъ процессъ развитія языка. Съ точки зрѣнія этой теоріи мы должны предположить, будто такія положенія древнеримскаго права, какъ продажа несостоятельныхъ должниковъ въ рабство, виндикація собственникомъ своей вещи у всякаго, къ кому бы и какимъ бы путемъ она ни попала, образовались тѣмъ же путемъ какъ и грамматическія правила управленія предлоговъ падежами. [3]) Конечно, есть такія правоположенія, которыя развиваются ненамѣренно и безсознательно, какъ разговорная рѣчь, постепенно и незамѣтно слагаясь въ регулярно повторяющихся явленіяхъ повседневнаго оборота или возникая изъ научныхъ операцій отвлеченія, выведенія слѣдствій и т. д. [4]) Но рядомъ съ этими фактами правообразованія огромную роль играютъ сознательныя стремленія, психическій трудъ и борьба съ разными препятствіями. Въ особенности когда наступаетъ необходимость измѣнять существующее объективное право—это измѣненіе приходится покупать цѣною весьма чувствительнаго вторженія въ область наличныхъ правъ и связанныхъ съ ними частныхъ интересовъ. Съ дѣйствующимъ правомъ въ теченіи времени такъ тѣсно сплелись

---

[1]) O. c., S. 4.
[2]) O. c., S.S. 4—5.
[3]) O. c., S.S. 5—6.
[4]) O. c., S. 6.

интересы тысячъ отдѣльныхъ личностей и даже цѣлыхъ сословій, что его нельзя устранить безъ существеннаго ущерба для этихъ интересовъ; надо объявить войну всѣмъ имъ, надо оторвать полипа, присосавшагося тысячью щупальцевъ. И часто происходитъ нѣчто въ родѣ сложенія силъ и отклоненія равнодѣйствующей по діагонали въ сторону отъ намѣченнаго направленія. Во всемъ этомъ несомнѣнно есть что-то трагическое и всѣ значительныя пріобрѣтенія въ области исторіи права носятъ на себѣ слѣды такаго происхожденія, продолжительнаго исканія истиннаго пути и упорной борьбы для преодолѣнія на каждомъ шагу возникающихъ препятствій, даже когда этотъ путь уже́ найденъ. [1]) Право, какъ и человѣкъ, появляется на свѣтъ среди тяжкихъ родовыхъ болей. [2]) Борьба за каждое конкретное право, съ своей стороны, не есть результатъ холоднаго экономическаго расчета; она вызывается нравственнымъ страданіемъ того лица, чье право нарушено; поднимается вопросъ самоуваженія, возникаетъ сознаніе оскорбленія правоваго чувства, дѣло идетъ уже о личномъ достоинствѣ того, чье право нарушено. [3]) Противодѣйствіе правонарушенію является такимъ образомъ обязанностью — и не только по отношенію къ самому себѣ, но и по отношенію къ цѣлому обществу. [4]) Борьба за право есть обязанность по отношенію къ самому себѣ — потому что горькое чувство, возникающее въ насъ при нарушеніи нашего права, подобно боли, возвѣщающей намъ о физическомъ поврежденіи нашего организма, является признакомъ, симптомомъ, напоминающимъ намъ о самосохраненіи. [5]) Да, о самосохраненіи, потому что мои права, мое имущество являются продолженіемъ, распростране-

---

[1]) O. c., S.S. 7—9.
[2]) O. c., S. 12.
[3]) O. c., S.S. 13, 16, 18.
[4]) O. c., S. 19.
[5]) O., c., S. 27.

ніемъ моей личности во внѣ. [1]) Борьба за право есть обязанность передъ обществомъ—потому что каждый, защищая *свое* право, тѣмъ самымъ защищаетъ нормы объективнаго права, на которыхъ его субъективное право зиждется. Защищать свое право каждый обязанъ такъ же, какъ и свое отечество. Трусъ, убѣгающій съ поля сраженія, спасаетъ свою жизнь въ данную минуту, но если бы всѣ такъ поступили, то погубили-бы свое отечество—и себя самихъ вмѣстѣ съ нимъ. [2]) Поэтому судьба тѣхъ, кто имѣетъ мужество осуществлять и всѣми мѣрами защищать свое право, является нерѣдко истиннымъ самопожертвованіемъ ради другихъ, настоящимъ мученичествомъ. [3])

«Борьба за право» произвела огромное впечатлѣніе; въ короткое время эта книжечка потребовала многихъ изданій на нѣмецкомъ языкѣ и была переведена почти на всѣ европейскіе языки—на нѣкоторые по нѣскольку разъ (напр. на русскій). Но за то и критика дѣлала на неё жестокія нападки.

Въ 1876 году напримѣръ выступилъ противъ Іеринга Феликсъ Боасъ съ заявленіями, что право осуществляется въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ безъ всякой борьбы, безъ малѣйшаго спора. Осуществленіе права путемъ борьбы и спора есть въ высшей степени рѣдкое явленіе по сравненію съ осуществленіемъ мирнымъ путемъ. Если бы право осуществлялось только въ борьбѣ, путемъ спора, то жизнь была бы невыносима. [4]) Это тѣмъ болѣе вѣрно, продолжаетъ Боасъ, что далеко не всѣ правонарушенія обнаруживаются и преслѣдуются. Большинство ихъ совершается въ тихомолку (in Hülle und Fülle) и не преслѣдованіе правонарушеній за-

---

[1]) O. c., S. 39.

[2]) O. c., S.S. 45; 56: „... ist daher der Kapmf um's Recht zugleich ein Kampf um's Gesetz“ ...; S.S. 65-66; 36; 47.

[3]) O. c., S. 49.

[4]) F. Boas, Der Kampf um's Recht ein Pfichtgebot? 1876; S.S. 15—16.

ставляетъ вообще повиноваться нормамъ права. Онѣ соблюдаются по болѣе глубокимъ побужденіямъ—именно какъ необходимое условіе коллективной борьбы за существованіе.[1]) Задача права сглаживать столкновенія, предупреждать борьбу;[2]) Мы видимъ, что иной разъ изъ за оскорбленнаго самолюбія люди ведутъ такіе процессы, которыхъ и начинать бы не слѣдовало;[3]) нельзя вмѣнять въ обязанность каждому во что бы то ни стало защищать свое право, какъ бы малъ ни былъ связанный съ нимъ интересъ,- отъ этого развивается сутяжничество, деморализующее людей.[4]) Безъ всякой опасности для общества можно предоставить усмотрѣнію каждаго защищать свое право или отступиться отъ него.[5]) Въ частностяхъ Боасъ возражаетъ Іерингу, что въ сущности судебная защита права не есть борьба за право, ибо цѣль процесса — рѣшеніе судьи—представляетъ собою мирное разрѣшеніе вопроса;[6]) что наказаніе и штрафъ не представляютъ собою индивидуальной борьбы за право, являясь *исключительно* обязанностью государственной власти[7]) и т. п.

Мы не можемъ однако присоединиться къ Боасу и признать его критику правильной. Не говоря уже о частностяхъ. въ которыхъ онъ положительно не правъ—напримѣръ процессъ есть несомнѣнно борьба, ибо что же такое состязательное начало въ процессѣ, какъ не идея самодѣятельности сторонъ, ихъ борьбы? далѣе, вѣдь наказаніе есть результатъ уголовнаго процесса, въ которомъ состязательное начало играетъ такую-же, если не бо́льшую роль, чѣмъ въ гражданскомъ процессѣ; многія преступленія караются лишь при наличности частной

---

1) O. c., S.S. 16—17
2) O. c., S. 18.
3) O. c., S. 47.
4) O. c., S. 53.
5) O. c., S. 34.
6) O. c., S. 9.
7) O. c., S. 36.

жалобы; наконецъ даже и слѣдственный процессъ, гдѣ преступленіе и вообще неправда преслѣдуется *исключительно* государственной властью, представляетъ собою ничто иное какъ *борьбу* государственной власти за право—не говоря уже о всѣхъ этихъ частностяхъ, главныя возраженія Боаса Іерингу, взятыя сами по себѣ, представляются правильными разсужденіями— но не могутъ быть признаны критикою Іеринга. Развѣ Іерингъ говоритъ, что всякое право создается и осуществляется непремѣнно борьбой? Развѣ онъ не указываетъ, что многія нормы объективнаго права создаются тѣмъ незамѣтнымъ процессомъ, о которомъ говорятъ писатели исторической школы? [1]) Развѣ онъ не говоритъ, что не всякому приходится воевать за свое право, что многіе въ мирѣ и покоѣ вкушаютъ плоды тѣхъ трудовъ, которые потрачены другими для созданія и поддержанія даннаго правопорядка? [2]) Развѣ можетъ служить опроверженіемъ идеи борьбы за право —указаніе на то обстоятельство, что многія правонарушенія сходятъ съ рукъ безнаказанно? Затѣмъ—конечно возводить порокъ сутяжничества на пьедесталъ добродѣтели не слѣдуетъ, но Іерингъ и не дѣлаетъ этого; онъ объясняетъ намъ, почему иной разъ человѣкъ готовъ судиться изъ за пустого интереса - именно потому, что въ извѣстныхъ случаяхъ онъ въ попраніи своего права видитъ униженіе своей личности [3])

Такую же, и мы смѣло можемъ сказать—такую же неудачную—критику Іеринговской идеи борьбы за право даютъ Зродловскій, Данъ, у насъ Азаревичъ. [4]) О двухъ послѣднихъ авторахъ намъ, впрочемъ, придется еще говорить ниже, но здѣсь мы не можемъ не сдѣлать общаго замѣчанія, что казу-

---

[1]) Ihering, Der Kampf um's Recht, S. 6.

[2]) O. c., S. 2.

[3]) См. Der Kampf um's Recht, 6-e Afl., S. 22, Note *).

[4]) Zrodlowsi, O. c., I, S. 7—8; F. Dahn, Die Vernunft im Recht; Азаревичъ, „Р. Іерингъ", Ж. Г. и Уг. Пр., 1882, Декабрь.

истическая критика въ данномъ случаѣ не могла имѣть успѣха; если Іерингъ и ошибается иногда въ частностяхъ, слишкомъ увлекаясь одной какой нибудь стороной вопроса, забывая остальныя и такимъ образомъ впадая въ односторонность и высказывая сужденія, которыя будучи взяты изолированно, сами по себѣ, должны быть признаны ошибочными—то все таки основы его воззрѣній всегда остаются глубоко-философскими, чрезвычайно вѣрными и положительно поражають своею широтой. Такъ и его идея борьбы за право—вѣдь это ничто иное какъ приложеніе къ области правовыхъ явленій Дарвиновой идеи борьбы за существованіе.[1]) Уже въ мірѣ животныхъ изолированная борьба за существованіе въ нѣкоторыхъ случаяхъ уступаетъ мѣсто болѣе совершенной формѣ—коллективной борьбѣ за существованіе; у человѣка эта форма является безусловно преобладающей. Но съ обращеніемъ къ коллективной борьбѣ—индивидуальная борьба не прекращается, она только вводится въ извѣстныя границы, устанавливаемыя нормами общественнаго порядка—морали и права. Въ этихъ границахъ продолжается борьба за существованіе между отдѣльными членами общества, выражающаяся то въ формѣ закономѣрнаго соперничества, то въ формѣ борьбы за субъективное право, то въ формѣ борьбы государства съ преступностью, то въ формѣ борьбы за и противъ объективнаго права. когда поднимается вопросъ объ измѣненіи самыхъ нормъ. регулирующихъ взаимоотношенія людей.—Само собою разумѣется, что противъ такой глубокой идеи самая придирчивая критика оказывается безсильной.

Первый томъ сочиненія Іеринга «Цѣль въ правѣ» является кульминаціоннымъ пунктомъ его творчества, въ немъ какъ въ фокусѣ собралась воединo творческая энергія этого

---

[1]) Это замѣчено еще Рѣдкинымъ, Изъ Курса лекцій по Исторіи Философіи Права, I, стр. 147—159 (изъ вступительной лекціи къ курсу 1874—75 акад. года).

замѣчательнаго писателя—и цѣлымъ снопомъ блестящихъ лучей брызнула по всѣмъ направленіямъ, ярко освѣщая самые глубокіе и основные вопросы философіи права.

Человѣкъ въ своей жизни и дѣятельности преслѣдуетъ извѣстныя цѣли—и прежде всего цѣли эгоистическія; альтруизмъ есть явленіе производное отъ эгоизма: я приношу жертвы для моихъ дѣтей, для моихъ друзей, для общеполезныхъ цѣлей, а не для шаха персидскаго, не на построеніе пагоды въ Индіи. Интересъ есть необходимое предположеніе всякой дѣятельности. [1]) Но тѣмъ не менѣе альтруизмъ существуетъ и благодаря этому человѣческія цѣли дѣлятся на двѣ группы—цѣли индивидуума и цѣли общества, соціальныя цѣли. [2]) Вся наша культура въ ея историческомъ развитіи зиждется на сосуществованіи людей въ обществѣ; люди живутъ съ помощью другихъ и для другихъ (für und durch Andere). [3]) Осуществляется такой порядокъ человѣческихъ взаимоотношеній двоякимъ путемъ—свободной дѣятельностью людей и принужденіемъ. [4]) Въ обществѣ, среди тысячъ и милліоновъ индивидуумовъ, происходитъ постоянная борьба интересовъ; дѣятельность побудительныхъ причинъ и силъ, которыя приводятъ эту массу къ единству и гармоніи, мы называемъ, говоритъ Іерингъ, соціальной механикой. [5]) Въ этой механикѣ мы замѣчаемъ четыре, такъ сказать, соціальныхъ рычага; два изъ нихъ имѣютъ въ основѣ эгоизмъ—и я ихъ называю нисшими или эгоистическими—это вознагражденіе и принужденіе; два другіе—чувство долга и любовь—мы можемъ назвать высшими, этическими [6]) Психологически нисшимъ изъ всѣхъ этихъ по-

---

[1]) Rudolph von Ihering, Der Zweck im Recht, Erster Band, 2-e Auflage 1884, S.S. 46, 51—52, 53.

[2]) O. c., S.S. 58-59.

[3]) O. c., S.S. 77-78, 85, 87—88, 91—92.

[4]) O. c., S. 85.

[5]) O. c., S. 94.

[6]) O. c., S. 95—96.

бужденій является принужденіе, но практически оно имѣетъ большее значеніе, чѣмъ вознагражденіе. [1]) Надежда на вознагражденіе, стремленіе къ выгодѣ, руководитъ людьми въ гражданскомъ оборотѣ, причемъ вознагражденіе (Lohn) иногда принимаетъ форму вознагражденія въ собственномъ смыслѣ (за услуги, Entgeltung), иногда форму воздаянія (за зло, Vergeltung); вознагражденіе бываетъ матеріальное или идеальное (почести, знаки отличія, слава). [2]) Гражданскій оборотъ организуется или на началахъ различія цѣлей (мѣновой оборотъ) или на началахъ общности ихъ (ассоціація). [3]) Другой рычагъ соціальной организаціи—принужденіе, которое по формѣ отличается какъ прямое или механическое (физическое) и косвенное или психическое, а по содержанію какъ пропульсивное (отрицательное) и компульсивное (положительное). По третьему признаку принужденіе отличается какъ государственное и общественное (соціальное). Государство осуществляетъ его въ формѣ права, общество въ формѣ нравственности. [4])

Въ обществѣ, во всѣ времена и на всѣхъ ступеняхъ развитія, мы непремѣнно встрѣчаемъ отношеніе власти и подчиненія. Таковы рабство, крѣпостное право, общественная власть. Власть въ обществѣ постепенно вырабатываетъ правила для поведенія подвластныхъ и для себя самой. Эти правила называются правомъ. Сила создаетъ право, право есть политика силы. Оно не можетъ считаться какимъ то самодовлѣющимъ высшимъ порядкомъ, служащимъ самому себѣ цѣлью; право есть лишь средство, а цѣль его—организація, поддержаніе и сохраненіе общества (das Bestehen der

---

[1]) O. c., S. 96–97.
[2]) O. c., S 97, 115, 116, 181, 184.
[3]) O. c., S. 208, 211, 215, 219.
[4]) O. c., S.S. 234-236.

Gesellschaft). [1]) Право, не подкрѣпленное силой, есть пустой звукъ безъ всякой реальности, такъ какъ только власть, осуществляющая нормы права, дѣлаетъ право тѣмъ, что оно есть и чѣмъ оно должно быть. [2]) Общество нуждается въ установленіи и поддержаніи извѣстнаго порядка; разрозненныхъ силъ отдѣльныхъ личностей для этого недостаточно; люди соединяются въ союзы, носящіе частный характеръ; но и этого недостаточно—нужна сильная выше всѣхъ стоящая власть, такова государственная власть. Государство и право, слѣдовательно, являются ничѣмъ инымъ какъ соціальной организаціей принужденія; государство есть общество какъ носитель дисциплинированной принудительной власти; дисциплина принужденія есть право; иначе сказать государство есть общество, которое принуждаетъ. [3]) Организація соціальной принудительной власти заключаетъ въ себѣ двѣ стороны—установленіе внѣшняго механизма власти и установленіе основоположеній, которыми должна она руководствоваться. [4]) Изъ всего предидущаго необходимо слѣдуетъ заключеніе, что *государство есть единственный источникъ права* и принужденіе—существенный признакъ понятія права. [5]) Право первоначально имѣетъ лишь одностороннепринудительную силу, лишь для подданныхъ государства, но потомъ постепенно пріобрѣтаетъ двусторонне-обязательную силу т. е. становится обязательнымъ и для самой государственной власти. Какіе же мотивы, спрашивается, руководятъ государственной властью въ этомъ подчиненіи ею самою же установленнымъ нормамъ? [6]) Во первыхъ--собственный интересъ:

---

[1]) O. c., S.S. 242—250.

[2]) O. c., S. 253.

[3]) O. c., S.S. 292, 294—295, 298, 307, 308, 309. Іерингъ тутъ же оговаривается, что конечно принужденіе не исчерпываетъ всей дѣятельности государства; это лишь одна изъ сторонъ его дѣятельности, S. 308.

[4]) O. c., S. 311.

[5]) O. c., S. 320.

[6]) O. c., S.S. 346, 357, 376, 377.

власть будетъ тѣмъ прочнѣе, чѣмъ правильнѣе она функціонируетъ; во вторыхъ—интересы самаго общественнаго порядка: чувство порядка въ подвластныхъ ничѣмъ такъ не развивается и не укрѣпляется какъ примѣромъ властвующаго; такимъ образомъ въ народѣ развивается правовое чувство, на которомъ въ сущности и зиждется весь правовой порядокъ—однимъ словомъ подчиненіе государственной власти правовому порядку есть необходимое условіе жизнеспособности государства, [1]) хотя конечно это подчиненіе государственной власти праву не должно доходить до узкаго педантизма. Цѣль права и государства—общее благо; извѣстная старая поговорка «fiat justitia, pereat mundus» должна быть перифразирована такъ—«vivat justitia, ut floreat mundus»; и есть случаи когда, какъ напримѣръ во время общественныхъ бѣдствій, государству не до педантичнаго исполненія мельчайшихъ предписаній закона, разъ дѣло идетъ о благосостояніи, можетъ быть о спасеніи, цѣлаго народа. [2]).

Итакъ, цѣль права—обезпеченіе условій жизнеспособности общества, [3]) масштабомъ для оцѣнки права служитъ степень пригодности къ достиженію этой цѣли, [4]) такъ какъ государство иной разъ можетъ и ошибиться въ средствахъ достиженія своихъ цѣлей подобно врачу, ошибающемуся иногда въ выборѣ лѣкарства. [5]) Но во всякомъ случаѣ единственная цѣль государства, руководящая имъ въ созданіи и поддержаніи правового порядка, это—общее благо. Могутъ спросить: если это такъ, если цѣль государства и правоваго порядка—общее благо, то къ чему же принужденіе, разъ государство ни отъ кого ничего иного не требуетъ кромѣ

---

[1]) O. c., S.S. 377, 378, 379, 381, 387, 421.
[2]) O. c., S.S. 423, 424 f.f.
[3]) O. c., S.S. 435, 448, 511 u. a.
[4]) O. c., S. 439.
[5]) O. c., S. 449.

стремленія къ общему благу? По двумъ причинамъ. Во первыхъ по недостатку знанія и образованія въ народѣ; законъ есть могущественное орудіе для борьбы съ глупостью. Во вторыхъ для укрѣпленія слабой воли и для противодѣйствія волѣ злой и преступной. [1]).

Іерингъ не имѣлъ недостатка ни въ послѣдователяхъ, ни въ критикахъ. По поводу «Zweck im Recht», именно перваго тома, высказывали порицаніе Іерингу, критикуя его работу, многіе знаменитые и не знаменитые писатели, [2]) но перечислять всѣ критическія замѣчанія было бы черезчуръ утомительно и безполезно, такъ какъ всѣ возраженія легко могутъ быть сведены къ немногимъ существеннымъ пунктамъ и если разнятся нѣсколько у различныхъ писателей, то это объясняется лишь различіемъ въ ихъ собственныхъ философско-правовыхъ воззрѣніяхъ или чисто случайными причинами. Самую полную и основательную критику перваго тома «Zweck im Recht» даетъ Феликсъ Данъ, сочиненіемъ котораго «Die Vernunft im Recht» мы займемся, чтобы при разсмотрѣніи возраженій, дѣлаемыхъ Іерингу его противниками, еще лучше уяснить себѣ сущность его воззрѣній, ихъ достоинства и недостатки. Ф. Данъ подробно разбираетъ критикуемую книгу Іеринга, главу за главой, страницу за страницей; мы не можемъ, конечно, коснуться всѣхъ возраженій Дана, мы обратимъ лишь вниманіе на главнѣйшія изъ нихъ, причемъ характеръ книги Дана заставляетъ и насъ принять ту же отрывочную форму изложенія, которая практикуется имъ.

Приступая къ разсмотрѣнію критики Іеринга Даномъ, мы съ первыхъ же словъ должны указать на полную апріористичность основы философскихъ воззрѣній Дана—такъ какъ

---

[1]) O. c., S.S. 565—567.

[2]) Напримѣръ O. Bähr, O. Gierke, E. Kuntze, A. Thon, F. Dahn, J. Kohler.

главнымъ образомъ Данъ противопоставляетъ Іерингу ничто иное какъ только именно свою *точку зрѣнія.* Данъ выводитъ право изъ разума, говоря что право есть логическая необходимость, необходимый постулатъ разума. Человѣческій разумъ неумолимо требуетъ разумнаго порядка во внѣшнихъ отношеніяхъ; человѣческій духъ требуетъ наличности права, къ праву приводитъ человѣка не только внѣшняя нужда, но и внутренняя необходимость; въ человѣкѣ заключена правообразующая сила, въ немъ живетъ стремленіе къ праву (Rechtstrieb), являющееся необходимымъ стремленіемъ разума (Vernunftstrieb); поэтому право есть само себѣ цѣль; право является самостоятельной разумной цѣлью.[1]) На этомъ пред-

---

[1]) F. Dahn, Die Vernunft im Recht, 1879. „In dem Menschen liegt..... die Potenz des Rechts"... S. 14; „...das Recht ist daher Selbstzweck, sofern es unabweisbares Vernunftspostulat (vernunftsnothwendig) ist", S. 14; „...die menschliche Vernunft eine ihr gemässe Ordnung der äusseren Beziehungen unerbittlich fordert".... S. 28; „...nicht nur die äussere Noht, auch die innere Nothwendigkeit führt den Menschen zum Recht"... S. 28; „Das Recht...ist...selbstständiger Vernunftszweck", S. 64; „Das Recht ist Selbstbehauptung der Vernunft", S. 211; въ одномъ мѣстѣ Данъ такъ увлекся идеей происхожденія права изъ разума, что впалъ въ гегельянство: онъ говоритъ о преступникѣ — „das Recht, das er negirte, nimmt ihn bei'm Wort. ja bei der That: es gilt für ihn, der es negirt, nicht mehr", S. 215.

На той же точкѣ зрѣнія стоитъ Данъ и въ другихъ работахъ, напр. въ статьѣ „Ueber Werden und Wesen des Rechts", помѣщенной въ Zeitschr. fur die vergl. R.-Wiss. 3-er. Band (1882), S.S. 6—7.

Любопытно какъ въ одной изъ болѣе раннихъ статей Данъ, желая вывести право изъ разума, вращается въ заколдованномъ кругѣ. Въ этой статьѣ (Zur Rechtsphilosophie, Kritische Vierteljahrsschrift, XII Bd. 1870) онъ говоритъ, что право, существуя у людей какъ общественное явленіе, не существуетъ однако у общественныхъ животныхъ (S. 328—329); слѣдовательно одной реальной основы, общественной жизни, для возникновенія права недостаточно, нужна еще идеальная основа — именно разумъ (S. 329); значитъ — право происходитъ изъ разума, ибо тамъ гдѣ въ обществѣ нѣтъ разума — нѣтъ и права. Далѣе же, очевидно чувствуя, что ему могутъ указать на правовыя явленія у животныхъ, Данъ говоритъ: какъ пѣсня птицы не есть зачатокъ человѣческаго музыкальнаго искусства, такъ и пчелиное и муравьиное государство — не зачатки человѣческаго права, ибо

положеніи, безъ всякаго сомнѣнія совершенно произвольномъ, опровергаемомъ всѣми данными современной науки, отказывающейся видѣть въ разумѣ нѣчто апріорное, Данъ строитъ почти всю критику Іеринга. На этомъ основаніи онъ отвергаетъ идею Іеринга, что право есть средство, обезпечивающее жизнеспособность общества, такъ какъ, говоритъ Данъ, право само себѣ цѣль. На этомъ основаніи онъ отвергаетъ мысль Іеринга, что право есть политика силы—право есть логическая необходимость, а не политика силы, и т. д. Но не будемъ забѣгать впередъ, прослѣдимъ возраженія Дана по возможности въ томъ же порядкѣ, какъ онъ ихъ излагаетъ.

Прежде всего мы должны указать на совершенно вѣрное замѣчаніе Дана, что выводы Іеринга основаны не на историческомъ изслѣдованіи; хотя Іерингъ самъ говоритъ, что «въ исторіи» право развивается такъ то и такъ то—первоначально является въ видѣ голой силы, затѣмъ превращается въ односторонне-обязательныя, а потомъ уже въ двусторонне-обязательныя нормы, но эти утвержденія исторически невѣрны, говоритъ Данъ; исторія учитъ насъ, что право возникаетъ первоначально въ видѣ обычнаго права; право въ формѣ закона появляется позднѣе и не вытѣсняетъ окончательно форму обычнаго права, потому что мы и теперь видимъ живое дѣйствующее обычное право. [1]) Это вѣрно. Но такъ какъ Данъ выводитъ право изъ разума и въ тоже время желаетъ опровергнуть Іерингово мнѣніе, что право есть средство, а не самостоятельная цѣль, то избѣжать противорѣчій ему всетаки не удалось. Онъ говоритъ, что право возникаетъ безсознательно,

---

имъ не хватаетъ „идеальной“ основы... (S. 329 Anm*)). Т. е. здѣсь разсужденіе построено въ обратномъ порядкѣ—право животныхъ не есть право, потому что у нихъ нѣтъ разума.

[1]) Dahn, Die Vernunft im Recht, S. S. 2—3, 4, 5—6, 7; 24; 29: „Warum verschmähen wir also die Bildung des Rechts als Gewohnheitsrecht, wie wir sie heute noch beobachten können, als Urform aller Rechtsbildung anzuerkennen? Sie ist die einzig geschichtlich wahre“; ibidem S. 62, 63.

какъ языкъ, религія, мораль, искусство;[1]) а въ другомъ мѣстѣ говоритъ, что *сознательный* порядокъ въ обществѣ съ признаніемъ обязательности послушанія возникъ сравнительно поздно, когда ужъ развился языкъ; что ранѣе того существующій порядокъ повиновенія, подобный стаднымъ порядкамъ животныхъ, нельзя признать правомъ.[2])

Кромѣ того, признавая правильность указанія Дана, что у Іеринга нѣтъ историческаго изслѣдованія, мы не можемъ согласиться съ нимъ относительно игнорированія обычнаго права. Въ первомъ томѣ «Zweck im Recht» Іерингъ прямо исключилъ обычное право изъ круга своего изслѣдованія,[3]) очевидно рѣшивъ возвратиться къ нему послѣ, такъ какъ, говоритъ онъ, въ настоящемъ сочиненіи (Zweck) я обращаюсь къ каждому вопросу въ подобающемъ ему мѣстѣ.[4]) Но воззрѣнія Іеринга на обычное право настолько ясно высказаны въ Geist'ѣ, что упрекать его въ игнорированіи этой формы права— положительно невозможно. Во второмъ томѣ «Zweck im Recht» также естъ мелькомъ сдѣланное указаніе на особый, какъ бы переходный, характеръ обычнаго права.[5])

Нападая на Іеринга за его опредѣленіе государства какъ «внѣшняго аппарата принужденія», Данъ заявляетъ, что если принять это опредѣленіе, то не будетъ разницы между государствомъ и—разбойничьей шайкой[6]). Іерингъ игнорируетъ постулатъ разума, opinio necessitatis; онъ забываетъ еще одинъ важный моментъ понятія нормы, какъ права—признаніе, die Anerkennung.[7]) Одного правоваго чувства для объясненія

---

[1]) O c., S.S. 25, 44, 45—46. „Alle Culturanfänge.... werden unwillkürlich, unbewusst producirt: mit dem Recht kann es nicht anders stehen", S. 25.

[2]) O. c., S.S. 85—86: „...eine Ordnung, eine bewusste Ordnung mit der opinio necessitatis der Vernunftverbindlichkeit, der Pflicht des Gehorsam's"...

[3]) Ihering, Das Zweck im Recht, Erster Band, S. 331, Anm **).

[4]) O. c., Zweiter Band, S. XXI.

[5]) O. c., S. 246.

[6]) Dahn, o. c., S.S. 34, 36.

[7]) O. c., S.S. 36, 39, 47, 49, 86.

возникновенія и развитія права—недостаточно: не темное, неясное, туманное *чувство* нужно намъ, а ясная какъ день *логика, разумъ права.* [1])

Не преминулъ также Данъ указать на неправильное якобы мнѣніе Іеринга (мы видѣли однако, что Іерингъ такъ вовсе не думалъ), будто право *всегда* устанавливается путемъ борьбы. [2])

Данъ былъ бы правъ, еслибы...!! еслибы онъ критиковалъ Іеринга, а не созданіе собственной фантазіи. Неоконченное сочиненіе рискованно критиковать и дождись Данъ появленія втораго тома «Zweck im Recht» — большая часть его книги «Vernunft im Recht» оказалась бы лишней. Въ этомъ второмъ томѣ Іерингъ прямо указываетъ, что однихъ эгоистическихъ побужденій недостаточно для правильнаго функціонированія общественнаго организма, что для этого нужны еще неэгоистическія или этическія побужденія; что для общества необходимы и вознагражденіе и принужденіе (Lohn und Zwang), безъ нихъ обойтись нельзя; но что тѣмъ не менѣе не всего при ихъ помощи можно достигнуть: напримѣръ никакое насиліе и никакія обѣщанія не въ состояніи были бы создать хорошую мать и жену. [3]) Мало того—успѣшное дѣйствіе вознагражденія и принужденія невозможно безъ внутренняго стремленія людей къ поддержанію общественнаго порядка; какъ хорошій работникъ полагаетъ въ работѣ свою честь, свою гордость, такъ истинный гражданинъ тотъ, кто свято блюдетъ законы, а не обходитъ ихъ; безъ этого внутренняго побужденія въ управляемыхъ никакое право не было бы въ силахъ создать прочный общественный порядокъ. [4]) Въ высшей степени ошибочно старое мнѣніе, будто право отъ морали отли-

---

[1]) O. c., S. 81.

[2]) O. c., S. 48.

[3]) R. Ihering, Der Zweck im Recht, Zweiter Band, 2-e Auflage, 1886, S.S. 1—2; 4.

[4]) O. c., S.S. 7—9.

чается тѣмъ, что право занимается исключительно внѣшними поступками, а мораль исключительно внутренними побужденіями человѣка. Нѣтъ—обѣ эти сферы этическаго порядка тѣсно между собою связаны: право также не можетъ исполнить своей миссіи безъ внутренняго побужденія, какъ мораль—безъ принужденія.[1]) Всѣ нравственныя нормы суть общественныя велѣнія (gesellschaftliche Imperative), нравственность существуетъ ради общества (die Gesellschaft ist Zweckssubject des Sittlichen), нравственно то, что для общества полезно или необходимо.[2]) Моментъ принужденія также существенъ для понятія нравственности, какъ и для права; механическому принужденію государства въ правѣ соотвѣтствуетъ психологическій моментъ принужденія силою общественнаго мнѣнія въ нравственности.[3]) Іерингъ подробно разсматриваетъ цѣлый рядъ соціальныхъ императивовъ, снабженныхъ въ разной степени и внутренней и внѣшней принудительной силой—какъ то мода, обычаи, мораль, право (Mode, Sitte, Moral, Recht), но мы не будемъ слѣдить за нимъ въ этихъ подробностяхъ, а лишь укажемъ весьма интересное обстоятельство—что у Іеринга проглядываетъ идея права какъ этическаго минимума. И мораль и право одинаково необхо-

---

[1]) O. c., S.S. 10—11.

[2]) O. c., S.S. 104, 156, 192, 214: „Sittlich ist das gesellschaftlich Nützliche oder Nothwendige".

Эта точка зрѣнія подробно развита Іерингомъ въ статьѣ „Die geschichtlich-gesellschaftlichen Grundlagen der Ethik", Jahrb. f. Gesetzgeb., Verw. und Volkswirthschaft, 6-er Jahrg (1882). Нравственность обязана своимъ происхожденіемъ обществу; нравственно для индивидуума то, что отъ него общество требуетъ (S. 5); нравственность есть высшая форма эгоизма, эгоизмъ общества; когда человѣкъ достигаетъ сознанія, что необходимымъ условіемъ для его существованія является общество, то чувство самосохраненія возвышается въ немъ до степени нравственнаго чувства (S. 7); что не надо убивать, грабить и красть—этому научился человѣкъ изъ опыта, опытъ указалъ ему, что при такихъ условіяхъ существованіе общества немыслимо (S. 10).

[3]) Der Zweck im Recht, 2-er B., S. 181.

димы обществу: механическое принужденіе права имѣетъ преимущество въ томъ, что его вліяніе опредѣленнѣе, вѣрнѣе; оно хорошо достигаетъ цѣли тамъ, гдѣ оно умѣстно; но не вездѣ, какъ мы видѣли, оно умѣстно. Поэтому необходима мораль съ ея преимущественно внутренней принудительной силой. И такъ слѣдовательно *два* общественныхъ порядка? Каково же ихъ взаимоотношеніе? Ихъ взаимоотношеніе таково, что область морали шире области права.[1]) Къ сожалѣнію Іерингъ не развилъ въ подробностяхъ эту въ высшей степени плодотворную мысль, а ограничился лишь приведеннымъ бѣглымъ замѣчаніемъ.

Таковы идеи, высказанныя Іерингомъ во второмъ томѣ «Zweck im Recht», и еслибы Данъ дождался его появленія, то критика его во многихъ отношеніяхъ была бы ненужной.[2]) Но можетъ быть Іерингъ всталъ на эту точку зрѣнія подъ вліяніемъ указаній его критиковъ? О нѣтъ! Уже въ первомъ томѣ «Zweck im Recht» Іерингъ высказалъ вкратцѣ все то, что такъ подробно разработалъ во второмъ. Даже не надо было ждать втораго тома, надо было лишь внимательнѣе прочитать первый томъ и не увлекаться желаніемъ во что бы то ни стало раскритиковать его. Заключительныя фразы перваго тома[3]) содержатъ въ себѣ указаніе на недостаточность эгоистическихъ побужденій къ поддержанію общественнаго порядка и на необходимость побужденій этическихъ. И это не единственная страница въ «Zweck im Recht», гдѣ высказывается эта мысль.[4]) Въ одномъ мѣстѣ[5]) Іерингъ указываетъ, что

---

[1]) O. c., S.S. 182—183.

[2]) Это замѣчено Bahnsen'омъ, который, кстати сказать, самъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ критикуетъ Іеринга. Банзенъ упрекаетъ Дана за то, что тотъ полемизируетъ противъ неоконченнаго сочиненія. Bahnsen, „Dahn, Dr. Felix, Die Vernunft im Recht", Zeitschr f. d. Vergl. R.-Wiss, 3-er Bd. (1882), S. 18.

[3]) Zweck im Recht, Erster Band., S. 570.

[4]) O. c., S.S 60—61, 143, 188, 236, 316, 319, 379, 381 и др.

[5]) O. c., S.S. 248—249.

есть случаи, когда не сила предшествуетъ праву, а правовое убѣжденіе, норма, предшествуетъ силѣ. Въ другомъ мѣстѣ силу, не одушевленную сознаніемъ долга, Іерингъ прямо называетъ не властью, а произволомъ. [1])

Проповѣдуя и развивая свою точку зрѣнія далѣе, Данъ возражаетъ противъ идеи Іеринга о саморегулированіи власти: откуда, спрашиваетъ онъ, государство почерпаетъ правила для этого саморегулированія власти? Само собою разумѣется изъ разума. Не сила есть право, а подчиненіе силы разуму. [2]) Но такъ такъ разумъ не есть нѣчто имманентное, то мы въ свою очередь спросимъ Дана—а чѣмъ руководится въ данномъ случаѣ разумъ? Да конечно ничѣмъ другимъ, какъ интересами—интересами обезпеченія жизнеспособности общества. Неужели Іерингъ недостаточно разъ повторилъ и мало подчеркнулъ эту истину?

Далѣе, утвержденіе Іеринга, что принужденіе есть существенный элементъ права, Данъ опровергаетъ, приводя въ примѣръ такія нормы права, которыя не могутъ осуществляться путемъ принужденія и тѣмъ не менѣе не теряютъ своего праваго характера. Таковы случаи невозможности взыскать долгъ съ раззорившагося должника, невозможность исполнить приговоръ надъ преступникомъ вслѣдствіе его бѣгства; таковы вообще нормы международнаго права. [3]) Здѣсь кстати будетъ указать, что Августъ Тонъ выставляетъ это же возраженіе Іерингу, подкрѣпляетъ его тѣми же примѣрами и лишь прибавляетъ примѣръ нормъ государственнаго права, касающихся дѣятельности высшихъ учрежденій и главы государства, каковыя нормы также не могутъ осуществляться принудительно. [4]) Странно читать такія возраженія, когда Іерингъ уже въ пер-

---

[1]) O. c., S. 245.
[2]) F. Dahn, Die Vernunft im Recht, S.S. 40—41.
[3]) O. c., S.S. 35—36; 80.
[4]) A. Thon, Rechtsnorm und Subjectives Recht, S.S. 6—7.

вомъ томѣ «Zweck im Recht» объяснилъ все дѣло. Нормы международнаго и государственнаго права, говоритъ онъ, не могутъ осуществляться принудительно. Какъ же примирить съ этимъ фактомъ признаніе принужденія за существенный элементъ права? Одни ученые пытаются разрѣшить сомнѣніе, отвергая за этими нормами характеръ права; другіе жертвуютъ моментомъ принужденія и не считаютъ его существеннымъ для понятія права. Но болѣе правильнымъ будетъ такой взглядъ, что нормы международнаго и государственнаго права суть несомнѣнно нормы права, но что для организаціи принудительнаго осуществленія ихъ существуютъ непреодолимыя препятствія. Не можетъ же государственная власть, творецъ и носитель права, монополистъ принужденія—быть кѣмъ либо принуждаема. Равнымъ образомъ—такъ какъ надъ суверенными государствами нѣтъ высшей власти, то нормы международнаго права не могутъ быть принудительно осуществляемы, а исполняются добровольно, какъ напримѣръ рѣшенія международныхъ третейскихъ судовъ.[1]) Что же касается исключительныхъ случаевъ невозможности осуществить какое нибудь конкретное предписаніе права, то и они объясняются физической невозможностью исполненія *въ данномъ случаѣ*, что́ конечно не лишаетъ эти нормы вообще признака принудительности.—Наконецъ для опроверженія все той же мысли Іеринга Данъ говоритъ, что не всякая принудительная норма есть правовая норма, напримѣръ педагогическія нормы, преподаваемыя отцомъ или учителемъ.[2]) Но вѣдь Іерингъ и не утверждаетъ, что *всякая* принудительная норма есть норма права; хотя съ другой стороны - возможность принудительнаго осуществленія какихъ бы то ни было требованій, въ томъ числѣ и педагогическихъ нормъ, дается въ общественной организаціи ничѣмъ инымъ, какъ правомъ.

---

[1]) Ihering, Zweck im Recht, Erster Band, S. S. 323—327.
[2]) Dahn, Die Vernunft im Recht, S. 79.

Какъ выше было сказано, мы не будемъ излагать критики Іеринга другими писателями, такъ какъ всѣ возраженія ихъ касаются тѣхъ же самыхъ пунктовъ, которые разобраны Даномъ; одни писали ранѣе его, другіе позднѣе, но сущность возраженій все таже. Напримѣръ у насъ въ Россіи Азаревичъ, критикуя первый томъ «Zweck im Recht», говоритъ: «[illegible] сказать, что все право, всѣ правоположенія, вторгаются съ побѣднымъ кликомъ противно положительнымъ даннымъ»: указываетъ, что «безъ нравственнаго элемента немыслимо ни одно право, немыслимо поэтому и общежитіе»; что «борьба за право вовсе не есть обязанность каждаго»; что сутягъ нельзя признавать за людей образцоваго поведенія и т. д. [1]) Съ такой же точки зрѣнія критикуетъ теорію борьбы за право, напримѣръ, Kohler. [2])

Какое же заключеніе выведемъ мы относительно воззрѣній Іеринга послѣ ознакомленія съ его идеями въ подлинникѣ и разсмотрѣнія главныхъ возраженій, дѣлаемыхъ ему его критиками?

Если понимать Іеринга такъ, какъ поняли его критики, если приписать ему воззрѣнія, что всякая норма права возникаетъ путемъ борьбы, вторгается съ побѣднымъ кликомъ; что право всегда происходитъ изъ силы; что право есть сила; что внутренняго элемента въ правѣ нѣтъ—то придется согласиться съ критиками Іеринга. Но мы видѣли, что теорія Іеринга не такова. Взявъ не одинъ первый томъ «Zweck im Recht», а всѣ главнѣйшія его сочиненія, нами выше разобранныя, мы не можемъ не признать, что его воззрѣнія замѣчательно вѣрны и изложены съ достаточной полнотой. Онъ

---

[1]) Азаревичъ, „Рудольфъ фонъ Іерингъ", Ж. Гр. и Уг. Права, 1882, Декабрь, стр. 88, 91, 105—106, 111.

[2]) J. Kohler, Recht und Pflicht, Arch. f. bürg. Recht. 6-er Bd. (1892), S. 183.

учитъ, что право имѣетъ задачей установить и охранять извѣстный необходимый для общежитія порядокъ, обезпечивая каждому возможность наиболѣе полнаго осуществленія своихъ интересовъ; что право тѣсно связано съ нравственностью, имѣетъ сферу дѣйствія болѣе узкую чѣмъ нравственность, но что и то и другая имѣютъ и внутреннюю и внѣшнюю санкцію, такъ какъ задачи и цѣли у нихъ общія; онъ учитъ, что древнѣйшая форма права есть обычное право, какъ переходная ступень между нравственностью и правомъ; что право однако происходитъ не только незамѣтнымъ путемъ превращенія нравственныхъ нормъ въ правовыя, но на каждомъ шагу мы встрѣчаемъ возникновеніе его изъ столкновенія и борьбы интересовъ; что съ теченіемъ времени обычное право оказывается малопригодною формой права и замѣняется закономъ; что существенный признакъ закона есть его внѣшняя принудительность, организованная—въ противоположность внѣшней же, но неорганизованной принудительности морали и обычнаго права; что высшая принудительная власть сосредоточивается въ рукахъ государства, почему право (въ настоящее время) есть созданіе государственной власти, она есть творецъ и носитель права.

Конечно Іерингъ не избѣжалъ ошибокъ—не ошибается только тотъ, кто ничего не дѣлаетъ. Такъ его экскурсіи въ область якобы исторіи права—прямо не выдерживаютъ критики; нѣкоторыя его фразы, взятыя отдѣльно, могутъ возбудить серьёзныя недоразумѣнія; иногда онъ прямо даетъ невѣрныя характеристики и опредѣленія, напримѣръ опредѣляя право обыкновенно какъ охрану интересовъ, онъ вдругъ говоритъ, что право есть охраненный интересъ, между тѣмъ какъ по правильному замѣчанію Азаревича «обезпеченность не можетъ быть въ то же время самимъ обезпеченнымъ.[1])—

---

[1]) Азаревичъ, O. c., стр. 91. Но впрочемъ по вниманательномъ разсмотрѣніи вопроса и здѣсь дѣло сводится почти къ недоразумѣнію. Гарейсъ очень хорошо разъяснилъ дѣло. Когда право, говоритъ онъ, отграничи-

Но въ общемъ и цѣломъ теорія Іеринга вѣрна и составляетъ, по сравненію съ теоріей исторической школы, несомнѣнный прогрессъ въ наукѣ.

ваетъ извѣстную сферу дѣятельности данному субъекту, то управомоченное лице получаетъ возможность противопоставить свою волю волѣ лицъ, посягающихъ на его интересъ. Благодаря этому субъективное право стали называть „защищеннымъ интересомъ", такъ какъ защищенный правомъ интересъ сообщаетъ своему субъекту (субъекту интереса) извѣстную силу и власть надъ внѣшнимъ міромъ. Carl Gareis, Encyclopaedie und Metodologie der Rechtswissenschaft, 1887, S.S. 15 und 17.

Глава 7-я.

Послѣ „Kampf um's Recht“ и „Zweck im Recht“.

Сторонники исторической школы.

Какъ въ концѣ пятидесятыхъ годовъ и затѣмъ въ шестидесятыхъ и семидесятыхъ годахъ, послѣ появленія «Geist des Römischen Rechts» продолжали издаваться сочиненія въ строгомъ духѣ исторической школы, такъ и послѣ двухъ кардинальныхъ работъ Іеринга «Kampf um's Recht» и «Zweck im Recht», не смотря на огромное впечатлѣніе, произведенное ими, не мало все таки было издано книгъ, написанныхъ съ точки зрѣнія исторической школы.

Въ 1880 году G. v. Wächter издалъ учебникъ Карла Георга фонъ Вехтера, въ которомъ право называется эманаціей общей воли (ein Ausfluss des allgemeinen Willens). Источники или формы права—обычное право и законъ. [1]) Обычное право есть норма, образующаяся изъ долгаго примѣненія съ сознаніемъ юридической необходимости. [2]) Также характеризуется обычное право въ пятомъ изданіи системы австрійскаго гражданскаго права Унгера [3]).

---

[1]) C. G. Wächter, Pandekten, 1880, Herausgegeben von G. v. Wächter, I, S. 6.

[2]) O. c., I, S. 103.

[3]) O. c. J. Unger, System des Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, 5-e Aufl. 1891, I, S.S. 37—38.

Въ 1883 году вышло восьмое изданіе институцій Адольфа Шейрля, повторяющаго, что право творится народнымъ духомъ, что оно есть общая воля, что законодатель есть органъ народной воли, что не примѣненіе нормъ создаетъ обычное право, такъ какъ источникъ права есть народное убѣжденіе, а примѣненіе нормъ есть лишь средство познанія обычнаго права.[1]) Генрихъ Дернбургъ называетъ право порядкомъ жизненныхъ отношеній, устанавливаемымъ общей волей. Воля эта выражаетъ существующее въ народѣ правовое убѣжденіе. Дернбургъ признаетъ, что не всегда обычное право происходитъ изъ народнаго убѣжденія, что иногда его создаютъ разныя побочныя обстоятельства, даже случайности, какъ напримѣръ простое подражаніе; но состояніе государства и общества, въ которомъ возможно такое правообразованіе, Дернбургъ называетъ *нездоровымъ*.[2]) Вильгельмъ Шуппе долженъ быть также причисленъ къ прямымъ послѣдователямъ исторической школы, хотя повидимому старается быть оригинальнымъ и для этого облекаетъ свои воззрѣнія въ своеобразную, вычурную и нѣсколько даже странную форму. Эти свои взгляды онъ развиваетъ въ цѣломъ рядѣ статей и книгъ. Когда говорятъ, что право чего нибудь хочетъ, то зная, что право есть понятіе, обнимающее собою цѣлый рядъ тѣсно связанныхъ между собою явленій и измѣненій, мы должны заключить, что слѣдовательно не «право» хочетъ, а какая то намъ неизвѣстная воля.[3]) Эта воля есть объективная воля, то есть воля, покоющаяся на основныхъ, общихъ всѣмъ людямъ свойствахъ и отношеніяхъ къ окружающему міру (Wertschätzung)

---

[1]) Ad. v. Scheurl, Lehrbuch der Institutionen, Achte verbesserte Auflage, 1883, S.S. 2, 4, 5.

[2]) Heinrich Dernburg, Pandekten, Erster Band, 1884, S.S. 43, 51.

[3]) W. Schuppe, Der Begriff des Rechts, Zeitschr. f. pr. u. öff. Recht, X Bd. (1883), S.S. 362, 368.

и потому *общая* воля. [1]) Въ книгѣ, озаглавленной «Der Begriff des Subjectiven Rechts», Шуппе болѣе подробно развиваетъ эти же мысли. Право есть совокупность нормъ, выражающихъ общую волю. Общая воля—это *родовая* воля юдей; то, что въ процессахъ чувствованія, мышленія и хотѣнія отдѣльныхъ конкретныхъ личностей мы признаёмъ за общее цѣлому виду или роду, тò является, слѣдовательно, общимъ для всѣхъ членовъ этого рода и имѣетъ силу для всѣхъ ихъ (d. h. es gilt für alle). [2]) И то, что является несогласнымъ съ этими общими свойствами процессовъ мышленія, чувствованія и хотѣнія, называется безнравственнымъ или даже преступнымъ, если не признаётся болѣзненнымъ явленіемъ. Въ этомъ смыслѣ воля есть объективная, т. е. имѣющая силу для всѣхъ; такая воля и есть объективное право. Мы можемъ это понятіе назвать абстракціей, но фикціей считать его нельзя. [3]) Когда объективное право обязываетъ кого нибудь, то это совершается или въ интересахъ обязываемаго, или въ интересахъ другихъ людей. [4]) При этомъ объективная воля или предъявляетъ свои требованія безусловно, или почерпаетъ содержаніе своихъ велѣній изъ воли индивидуумовъ. Въ первомъ случаѣ объективная воля прямо опредѣляетъ, чего она хочетъ; во второмъ она, при извѣстныхъ условіяхъ, хочетъ того, чего индивидуумъ хочетъ и лишь потому, тогда и настолько—почему, когда и насколько хочетъ индивидуумъ. [5]) Здѣсь Шуппе дѣлаетъ примѣчаніе, что о безвольныхъ субъектахъ онъ будетъ говорить ниже; [6]) а ниже онъ говоритъ о безвольныхъ субъектахъ слѣдующее: и малолѣтніе и сумасшедшіе являются субъектами права, потому

---

[1]) W. Schuppe., Die specifische Differenz im Begriffe des Rechts. Zeitschr. f. pr. u. öff. Recht, XI Bd. (1884), S.S. 164 - 175.

[2]) W. Schuppe, Der Begriff des subjectiven Rechts, 1887, S. S. 6—7.

[3]) O. c., S. 7.

[4]) O. c., S. 30—31.

[5]) O. c., S. 45.

[6]) O. c., S. 45, Anmerkung.

что объективное право охраняетъ ихъ интересы. [1]) Права ихъ охраняются не ради будущей ихъ воли, такъ какъ было бы неосновательно ради будущаго игнорировать настоящее; права ихъ охраняются потому, что отсутствіе у нихъ воли предполагается какъ нѣчто временное, болѣзненное и вообще преходящее, потому что объективное право зиждется на понятіи объективной воли, свойственной человѣку какъ существу, имѣющему общія свойства съ другими членами своего вида. [2])

Мы причислили Шуппе къ сторонникамъ исторической школы потому, что онъ источникомъ права считаетъ общую волю и даже до извѣстной степени объективируетъ её. Но во многихъ отношеніяхъ онъ даже и эту точку зрѣнія не выдерживаетъ и—то вдается въ такой апріоризмъ, которому историческая школа непричастна, то какъ бы приближается къ воззрѣніямъ Іеринга. Право по его ученію—то, что желается объективной волей. Объективная воля или желаетъ опредѣленныхъ поступковъ (Thun und Unterlassen) или предоставляетъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ, индивидууму желать. Но такъ какъ не всякій индивидуумъ способенъ желать, то Шуппе говоритъ, что у безвольныхъ субъектовъ предполагается нормальная воля сообразно предполагаемымъ у нихъ воззрѣніямъ (Werthschätzungen, Ansichten).—Но, слѣдовательно, рѣшающимъ моментомъ здѣсь является уже не воля, а интересъ; и самъ Шуппе, какъ мы видѣли, иногда говоритъ объ охранѣ интересовъ правомъ. Съ другой стороны, самое понятіе общей воли не выдерживаетъ критики. Право не создается общей волей, потому что прежде всего общей воли нѣтъ; какъ особая отъ индивидуальныхъ воль—общая воля не можетъ соз-

---

[1]) O. c., S. 297.

[2]) O. c., S. 301: „...dass das ganze objective Recht auf der Voraussetzung einer objectiv-gültigen Wertschätzung beruht, einer Norm des Fühlens und **W o l l e n s**, welche das (gattungsmässige) Wesen des Menschen ausmache"... (Курсивъ мой).

давать право; признать это значитъ объективировать народный духъ. Какъ сумма индивидуальныхъ воль, общая воля также не можетъ быть принята, потому что такое предположеніе привело бы насъ къ договорной теоріи права, давно уже отвергнутой наукой; сверхъ того, если обычное право еще можно бы назвать выраженіемъ общей воли, то по отношенію къ закону этого сказать никакъ уже нельзя. Шуппе называетъ законодателя органомъ общей воли. [1]) Но изъ этого выходитъ только нелѣпость: самъ Шуппе общую волю призналъ, если не фикціей, то во всякомъ случаѣ абстракціей—и вдругъ эту абстракцію онъ надѣляетъ органами!

Въ другой книгѣ, «Das Gewohnheitsrecht», Шуппе тѣ же воззрѣнія доводитъ до утомительнѣйшихъ мелочей и частностей. Первоначально право возникаетъ въ человѣческомъ обществѣ непроизвольно и безсознателно. Это тò, что называютъ обычнымъ правомъ (самъ Шуппе называетъ его «ursprüngliches Recht»). Это «первоначальное» право создается «примарной волей» (der primäre Rechtswille) и надо отличать отъ нея волю «секундарную», которая создаетъ государство и вообще учрежденія и органы, предназначенные реализировать примарную волю. [2]) Кромѣ того онъ отличаетъ волю «генеральную» и «спеціальную»; генеральная воля—это та, которая установленіе частныхъ правилъ (Specialitäten) въ каждомъ конкретномъ государствѣ предоставляетъ государственной власти этого государства, которая и издаетъ для этого законы; [3]) спеціальная воля—это та воля, которая непосредственно создаетъ нормы, т. е. это сама «примарная» воля или воля органовъ государственной власти. [4]) Въ бóльшія подробности мы входить не будемъ, такъ какъ и приведенныя достаточно характеризуютъ разбираемаго автора; но не можемъ не сказать, что въ массѣ

---

[1]) O. c., S. 8.

[2]) W. Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890, S.S. 31, 52.

[3]) O. c., S. 92.

[4]) O. c., S.S. 31, 92.

такихъ метафизическихъ умствованій у Шуппе встрѣчаются иногда очень дѣльныя замѣчанія, къ которымъ мы будемъ имѣть случай обратиться.

Подобно Шуппе, идеи исторической школы облекаетъ въ своеобразную форму изложенія Аффольтеръ. Мы приписываемъ извѣстнымъ отношеніямъ качество правильности, называемъ ихъ правыми отношеніями [1]); эти сужденія подсказываются намъ чувствомъ, которое прирождено человѣку и которое называется правовымъ чувствомъ. Такое представленіе о правомъ отношеніи мы называемъ правовоззрѣніемъ (Anschauung). [2]) Сумма правовоззрѣній, понимаемая какъ цѣлое, называется правомъ. [3]) Господствующая теорія, говоритъ Аффольтеръ, сводитъ право къ понятію императива, нормъ. Но это неправильно: императивъ является лишь слѣдствіемъ уже существующаго правовоззрѣнія; если иногда обязанность и правомочіе (das Sollen und Dürfen) возникаютъ какъ слѣдствіе извѣстнаго императива, то всетаки не сама норма устанавливаетъ эту обязанность и доставляетъ правомочіе, но то лицо, которое установило эти нормы (die rechtsetzende Person), такъ какъ право состоитъ изъ правовозрѣній, а правовоззрѣнія суть достояніе лица, а не нормы. [4]) Принужденіе не является существеннымъ элементомъ права. Право начертываетъ планъ для дѣятельности и для разрѣшенія столкновеній; а осуществленіе, примѣненіе этого плана къ дѣлу, имѣетъ съ нимъ лишь внѣшнее соотноше-

---

[1]) A. Affolter, Untersuchungen ueber das Wesen des Rechts, 1889, s. 2: „Die Eigenschaft des Richtigen, Rechten, legen wir dem Verhalten bei“.

[2]) O. c. S. 3. Аффольтеръ, помимо правоваго чувства, называетъ еще волю источникомъ правовоззрѣнія, но не указываетъ, каково взаимоотношеніе этихъ двухъ элементовъ, создающихъ правовоззрѣніе—воли и чувства?

[3]) O. c., S. 7.

[4]) O. c., S.S. 12—16.

ніе. [1]) Эта теорія Аффольтера является замаскированной, перифразированной теоріей исторической школы: правовое чувство и правовоззрѣніе Аффольтера —это ничто иное какъ народное убѣжденіе исторической школы, но съ оттѣнкомъ теоріи народнаго суверенитета, потому что Аффольтеръ понимаетъ народное убѣжденіе, правовоззрѣніе, какъ сумму правовоззрѣній отдѣльныхъ индивидуумовъ.

Совершенно такія же воззрѣнія на обычное право высказываетъ Отто Штоббе. Источникъ обычнаго права— народное правовое убѣжденіе, а примѣненіе нормъ играетъ второстепенную роль. Штоббе идетъ въ этомъ отношеніи даже далѣе самого Пухты. Послѣдній признаетъ, что обычное право можетъ иногда образоваться изъ простаго обыкновенія, а Штоббе оспариваетъ это мнѣніе и говоритъ, что такимъ образомъ изъ обыкновенія обычное право никогда не образуется. [2]) Подобно Безелеру Штоббе отличаетъ народное право (Volksrecht) и право юристовъ (Juristenrecht) и смотритъ на ихъ взаимоотношеніе совершенно глазами Безелера, хотя самъ сознается, что это различіе не имѣетъ большаго значенія. [3]).

Изъ не-юристовъ на точкѣ зрѣнія исторической школы стоитъ Вильгельмъ Вундтъ, полагающій, что право и самая государственная власть имѣютъ своимъ источникомъ

---

[1]) O. c., S. 21, 22, 26 Тоже мнѣніе высказываетъ Аффольтеръ въ статьѣ Der Rechtssatz und seine Geltung, Zeitschr. f. pr. u. öff. R., 18. Bd. (1891), S.S 727 ff. Противъ утвержденія Аффольтера, будто принужденіе не является существеннымъ элементомъ права, возражалъ Herzfelder, Zur neueren Litteratur über das Wesen des Rechts, Arch. f. öff. R., VII Bd. 2 Heft (1892), и сдѣлалъ небезинтересное маленькое reductio ad absurdum идей Аффольтера на стр. 248 этой статьи.

[2]) O. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 3-e Aufl. 1893 (1-e Aufl. 1871), I, S.S. 165, 168—169.

[3]) O. c., S.S. 172—174.

правовое убѣжденіе и вытекающую изъ него общую волю народа [1]).

Въ 1895 году была издана семнадцатымъ изданіемъ система нѣмецкаго частнаго права Гербера въ новой переработкѣ Конрада Козака, причемъ однако основная точка зрѣнія осталась неизмѣненной: источникъ права есть общее правовое убѣжденіе народа, проявляющееся въ фактическомъ примѣненіи нормъ въ жизни, т. е. проводятся воззрѣнія Пухты [2]). Наконецъ, горячимъ сторонникомъ исторической школы является Отто Гирке. Еще въ 1883 году онъ жестоко нападалъ на новое, реалистическое, направленіе въ наукѣ права: голый позитивизмъ, ищущій точки опоры въ исключительно матеріальной силѣ и въ началахъ утилитаризма, никогда не будетъ въ состояніи упрочить надолго свое вліяніе; оно можетъ быть лишь переходною ступенью, интермедіей въ великой драмѣ развитія человѣческаго духа; безъ идеальнаго содержанія наука пуста и безплодна [3]). Въ 1895 году появился учебникъ нѣмецкаго частнаго права Гирке въ «Handbuch» Биндинга. Въ этомъ учебникѣ Гирке весьма настойчиво и послѣдовательно проводитъ точку зрѣнія исторической школы. Объективное право есть совокупность нормъ, выражающихъ народное правовое убѣжденіе и разграничивающихъ сферы свободнаго проявленія воли отдѣльныхъ лицъ [4]), т. е. по Гирке право есть разграниченіе воль. Но въ противоположность большинству сторонниковъ исторической шко-

---

[1]) Wilhelm Wundt, Ueber das Verhältniss des Einzelnen zur Gemeinschaft, Deutsche Rundschau, Bd. LXVIII (Juli—Aug.—Sept. 1891), S. 203.

[2]) C. F. Gerber, System des deutschen Privatrechts,... neubearbeitet von Konrad Cosack, 17-e Aufl., 1895, S. 29.

[3]) Otto Gierke, Naturrecht und Deutsches Recht, 1883, S, 11—12.

[4]) Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, 1895; въ Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft Karl'a Binding'a, I, S. 113, 117, 116; „Das Recht wurzelt in Ueberzeugung. Seine Sätze sind.... Vernunftaussagen über die zu einer gerechten Lebensordnung erforderlichen Willensabgrenzungen; „S, 119:“ „Das Recht ist erklärte Ueberzeugung einer Gemeinschaft“.

лы — Гирке не находитъ возможнымъ опредѣлить право какъ общую волю; если признать право общей волей, то мы должны бы признать его лишь видомъ силы; воля можетъ подчинить себѣ другую волю силой, но никакая воля сама по себѣ не можетъ создать границъ другой волѣ; необходимо *убѣжденіе*, чтобы могло возникнуть право [1]). Право само по себѣ есть сила, но сила внутренняя (eine innere, nicht äussere Macht) — поэтому оно нуждается для своего осуществленія въ организованной силѣ; задачу осуществленія права путемъ внѣшняго принужденія беретъ на себя государство [2]). Но при этомъ не надо упускать изъ вида, что принужденіе не принадлежитъ къ существеннымъ признакамъ понятія права — многія нормы не могутъ осуществляться принудительно, какъ напримѣръ нормы международнаго права, нормы права государственнаго, касающіяся дѣятельности высшихъ органовъ. Для понятія права существенно лишь то, что оно *можетъ* осуществляться принужденіемъ [3]). Право не есть сила — возможна неправомѣрная сила (или власть) и возможно безсильное право. Но впрочемъ такое противорѣчіе долго не можетъ существовать: велѣнія фактической власти въ концѣ концовъ начинаютъ признаваться за правовыя велѣнія, а право, которое не можетъ осуществляться принудительно, постепенно теряетъ свой характеръ права и такъ сказать умираетъ [4]). Право, тѣмъ не менѣе, не отождествляется съ силой, оно есть совершенно особенная функція человѣческаго общежитія, созданіе народнаго духа, который дѣйствуетъ въ народѣ, какъ цѣломъ, и проявляется въ отдѣльныхъ лицахъ,

---

[1]) O. c., I, S. S. 116—117.

[2]) O. c., I, S. S. 117—118.

[3]) O. c. I, S, 114.

[4]) O. c. I, S. 119. Здѣсь нельзя не замѣтить довольно серьезнаго противорѣчія: если право безъ принудительнаго осуществленія теряетъ свой характеръ права, то значитъ моментъ принужденія не можетъ не считаться важнымъ элементомъ понятія права.

какъ членахъ или органахъ [1]). Право можетъ существовать въ трехъ формахъ—закона, обычнаго права и права юристовъ. Законъ устанавливается государственной властью. Обычное право возникаетъ постепенно изъ фактическаго примѣненія нормъ съ сознаніемъ юридической необходимости. Нѣтъ необходимости полагать, что правовое убѣжденіе возникаетъ ранѣе фактическаго примѣненія нормъ; можетъ быть и наоборотъ—правовое убѣжденіе возникаетъ мало по малу вслѣдствіе долгаго и единообразнаго примѣненія данныхъ нормъ. Обычное право различается какъ народное обычное право и какъ право юристовъ, судебная практика [2]).

Своеобразный интересъ представляютъ мысли, которыя излагаетъ Іосифъ Колеръ въ одной журнальной статьѣ. Статья написана въ защиту идеальныхъ началъ въ правѣ противъ утилитаризма вообще и утилитарной теоріи права въ особенности—и въ то же время, если взглянуть на разсужденія Колера съ надлежащей точки зрѣнія, во всей этой статьѣ нѣтъ ни одного возраженія противъ утилитарной теоріи. Я буду говорить объ идеалахъ, такъ начинаетъ Колеръ. Право должно стремиться не только къ тому, чтобы сдѣлать человѣка счастливымъ, оно должно возвышать его [3]). Не достиженіе счастія даннаго общества въ данную минуту, а обезпеченіе прогресса человѣчества, служеніе цѣлямъ культуры, моральнымъ, эстетическимъ и религіознымъ интересамъ, должно быть нашей задачей вообще и руководящимъ принципомъ въ правѣ въ частности [4]). И на самомъ дѣлѣ, продолжаетъ Колеръ, мы видимъ, что нравственные, интеллектуальные и духовные интересы дѣйствительно охраняются правомъ неза-

---

[1]) O. c. I, S. 119: „... und in den Einzelnen als Gliedern dieses Ganzen sich bethätigt„.

[2]) O. c., I, S. S. 128, 164, 165, 170, 127, 165.

[3]) J. Kohler, Die Ideale im Recht, Arch. f. bürg. Recht, 5-er Band (1891), S 162.

[4]) O. c., S. 163.

висимо отъ ихъ матеріальной стороны. Неполученіе обѣщанныхъ денегъ после свадьбы—не даетъ права на искъ объ убыткахъ, такъ какъ бракъ не коммерческая сдѣлка; по той же причинѣ не подлежатъ защитѣ правомъ притязанія, возникающія изъ маклерскихъ сдѣлокъ по дѣламъ брачнымъ [1]). По идеальнымъ причинамъ не дѣйствительны договоры о доставленіи служебныхъ мѣстъ и наградъ [2]); недѣйствительны договоры, заключаемые съ безнравственной цѣлью [3]), договоры о принятіи кѣмъ либо на себя обязанности отбыть наказаніе за другаго [4]), недѣйствительны договоры, стѣсняющіе свободу промышленности; [5]) собственность часто охраняется съ идеальной цѣлью, я могу напримѣръ запретить ходить по моему саду не потому что это вредитъ насажденіямъ, а просто потому, что оскорбляется мое эстетическое чувство [6]) [7]). Колеру можно бы возразить въ нѣкоторыхъ частностяхъ, можно бы указать, что не всегда договоры и вообще дѣйствія, нарушающія свободу промышленности—лишены охраны; напримѣръ ради общей пользы могутъ существовать государственныя монополіи, иногда дается признаніе и охрана промышленнымъ синдикатамъ или трестамъ и т. п. Но мы не будемъ входить въ эти мелочи, мы можемъ спокойно согласиться съ Колеромъ, что идеальные интересы человѣческой культуры охраняются и должны охраняться и развитіе ихъ должно поощряться всѣми мѣрами; но это нисколько не опровергаетъ утилитарную теорію морали и права. Всѣ указываемыя Колеромъ идеальныя стороны человѣческой культуры развиваются и подбираются какъ полезныя виду качества. Колеръ воюетъ съ вѣт-

---

1) O. c., S.S. 164—165; 166-169.

2) O. c., S. 187.

3) O. c., S.S. 200, 240.

4) O. c., S. 206.

5) O. c., S.S. 209, 213, 219.

6) O. c., S. 251.

7) На такой же точкѣ зрѣнія стоитъ Колеръ въ ранѣе изданной имъ брошюрѣ—Das Recht als Kulturerscheinung, 1885, S. 24—25.

рными мельницами и его возраженія являются скорѣе аргументами за утилитарную теорію права, чѣмъ противъ нея.

Мы видимъ такимъ образомъ, что традиціи классической исторической школы до сихъ поръ свято хранятся многими очень серьезными учеными.[1]) Не смотря на почти цѣлыхъ два десятилѣтія, прошедшія со времени изданія перваго тома «Zweck im Recht» — идеи Іеринга еще далеко не общепризнаны и едвали вскорѣ достигнутъ такаго признанія. Это объясняется съ одной стороны тѣми огромными положительными заслугами, которыя имѣетъ за собой историческая школа: заслуги эти такъ импонируютъ, что невольно заставляютъ принять воззрѣнія исторической школы цѣликомъ — отбросить изъ нихъ что либо кажется какъ бы кощунствомъ. Съ другой стороны въ высшей степени вѣрные и прогрессивные взгляды Іеринга иногда облекаются у него въ нѣсколько несоотвѣтствующую форму: слишкомъ увлекаясь онъ, какъ мы видѣли, иногда впадаетъ въ односторонность, отчего его выводы являются иногда преувеличенными, утрированными. Все это не можетъ не дѣйствовать нѣсколько расхолаживающимъ образомъ даже на непредубѣжденнаго читателя, такъ что многими по этой причинѣ Іерингъ остался не оцѣненнымъ по достоинству.

Тѣмъ не менѣе за послѣднее время идеи его пріобрѣтаютъ все болѣе и болѣе сторонниковъ, къ ознакомленію съ сочиненіями которыхъ мы и переходимъ.

---

[1]) Кромѣ перечисленныхъ писателей сторонниками исторической школы являются Brinckmann, Brandis. и Böhlau, сочиненій которыхъ мнѣ не удалось достать и которыхъ я вслѣдствіе того цитирую по Zittelmann'y, Arch. f. Civ. Praxis, 66 Bd. (1883) „Gewohnheitsrecht und Irrthum“, S.S. 375, 378, и по Sturm'y, Der Kampf. S. 4, Anm [1]). Сюда же относится теологизирующій юристъ Шталь.

Глава 8-я.

Послѣ „Kampf um's Recht“ и „Zweck im Recht“

Переходныя воззрѣнія.

Весьма рѣдко случается, что какая нибудь точка зрѣнія сразу устанавливается въ наукѣ и получаетъ всеобщее признаніе. Напротивъ, чаще всего новымъ воззрѣніямъ приходится пробивать себѣ дорогу, постепенно преодолѣвая сопротивленіе, и завоевывать мало по малу поле распространенія. Не составляютъ исключенія и взгляды Іеринга. Мы познакомились съ мнѣніями ученыхъ, не подчиняющихся авторитету Іеринга; теперь намъ предстоитъ перейти къ его сторонникамъ. Но прежде слѣдуетъ обратить вниманіе, что есть нѣсколько писателей, которые лишь отчасти усвоили себѣ взгляды Іеринга, отчасти же остаются при старыхъ воззрѣніяхъ; эти писатели весьма интересны, потому что они какъ бы невольно, нехотя подпадаютъ дѣйствію идей Іеринга и тѣмъ конечно свидѣтельствуютъ, насколько велико и неотразимо ихъ вліяніе.

Уже въ 1877 году Пауль Мюллеръ заявлялъ рѣшительное намѣреніе слѣдовать реалистической методѣ, основывающейся не на свойственномъ вообще нѣмцамъ стремленіи выводить научные законы изъ высшихъ спекулятивныхъ идей, а на наблюденіи фактовъ дѣйствительности [1])—но не выдер-

---

[1]) Paul Müller, Die Elemente der Rechtsbildung und des Rechts. Zur Grundlegung für die Realistische Begründung des Rechts. 1877, S, S. 8, 14.

жалъ эту методу вполнѣ и впалъ до извѣстной степени въ осуждаемый имъ способъ апріористическихъ построеній.— Жизнь человѣка, говоритъ онъ, есть борьба за существованіе. Вслѣдствіе жизни въ постоянномъ общеніи въ людяхъ постепенно вырабатываются одинаковыя понятія о нормальной или правильной постановкѣ взаимныхъ отношеній.[1]) Такъ возникаютъ первыя правоположенія, познаются судьями и распространяются, примѣняясь въ жизни, причемъ слѣдуетъ замѣтить, что правоположенія эти не создаются a priori, а извлекаются абстракціей изъ жизненныхъ отношеній. Иногда судьи примѣняютъ возникшія въ народѣ нормы; иногда нормы, созданныя судьями, проникаютъ впослѣдствіи въ жизнь и регулируютъ отношенія помимо судовъ.[2]) Но такъ какъ образованіе права въ народѣ и въ судахъ происходитъ медленно и иногда даже теряетъ характеръ единообразнаго и нормальнаго развитія, то государство постепенно сосредоточиваетъ правообразовательную функцію въ своихъ рукахъ.[3]) Но всетаки, говоритъ Мюллеръ—и этимъ начинается рядъ его противорѣчій- право создаваемое законодательствомъ покоится на общемъ правовомъ убѣжденіи народа,[4]) чему доказательствомъ служатъ примѣры отмѣны законовъ обычнымъ правомъ. [5]) Однако мы не можемъ такое доказательство признать убѣдительнымъ: обычное право отмѣняетъ иногда законъ, потомучто, какъ и всякій человѣкъ вообще, законодатель можетъ ошибаться. Но замѣна одной формы права другою еще не означаетъ тождественности въ основахъ

---

[1]) O. c., S. 61, 65.

[2]) O. c., S. 67. Ясно, что здѣсь Мюллеръ говоритъ о судебныхъ обычаяхъ; а въ другомъ мѣстѣ (S. 435) онъ отрицаетъ возможность возникновенія судебныхъ обычаевъ.

[3]) O. c., S. 70.

[4]) O. c., S. 71: „Auch das von der Gesetzgebung erzeugte Recht..... ruht auf der allgemeinen Rechtsüberzeugung der Volksgemeinschaft".

[5]) O. c., S. 71.

той и другой; и вѣдь самъ Мюллеръ указывалъ, что образованіе права въ нѣдрахъ народа, и даже въ классѣ юристовъ, постепенно вытѣсняется законодательствомъ—вслѣдствіе серьезныхъ своихъ недостатковъ. А ниже онъ прямо называетъ народное убѣжденіе, народный духъ—элементомъ незрѣлымъ, полнымъ противорѣчій.[1]) Самыя воззрѣнія его на процессъ образованія права изъ народнаго духа также полны противорѣчій. Въ одномъ мѣстѣ онъ говоритъ, что люди къ дѣятельности побуждаются потребностями, рождающими интересы. Дѣятельностью силъ и обстоятельствъ (durch das Fortwirken der Kräfte und Dinge), опредѣляющихъ человѣческія взаимоотношенія, создается извѣстный порядокъ въ человѣческомъ обществѣ, регулируемый правомъ.[2]) Поэтому говоритъ далѣе Мюллеръ, подъ понятіемъ народнаго духа не слѣдуетъ разумѣть что-либо таинственное или метафизическое; народный духъ—это общность психическихъ свойствъ въ членахъ данной націи, основанная на общности цѣлей, потребностой и интересовъ.[3]) А въ другихъ мѣстахъ той же книги онъ оставляетъ эту реалистическую, утилитарную точку зрѣнія и не только слѣдуетъ исторической школѣ, но даже ударяется въ метафизическій апріоризмъ. Напримѣръ, онъ говоритъ о безсознательномъ возникновеніи обычнаго права (naturwüchsige, unbewusste Entstehung);[4]) рядомъ же съ этимъ говоритъ, что источникъ обычнаго права лежитъ не въ народномъ убѣжденіи и не въ фактическомъ примѣненіи нормъ, а въ соотношеніи нормъ обычнаго права съ объективной правдой;[5]) а эта объективная правда (das reale Rechte) опредѣляется Мюллеромъ то какъ порядокъ

---

[1]) O. c., S. 204: „der Volksgeist.....ein unfertiges, widerspruchvolles Gebilde ist".

[2]) O. c., S. 73—74.

[3]) O. c., S. 188.

[4]) O. c., S. 427.

[5]) O. c., S. 428 (..... das reale Rechte.....)

общежитія, сдѣлавшійся для людей привычнымъ,[1]) то уже какъ нѣчто совершенно метафизическое, какъ какой-то высшій порядокъ.[2])

Къ числу писателей переходнаго характера долженъ быть отнесенъ Эрнстъ Рудольфъ Бирлингъ, не потому, что онъ выставилъ теорію, въ которой частью повторялись бы идеи исторической школы, частью же приняты были бы воззрѣнія Іеринга, а потому, что стремясь создать совершенно оригинальную теорію, этотъ несомнѣнно высокообразованный и талантливый юристъ первоначально выставилъ, самъ того не сознавая, теорію весьма близкую къ теоріи исторической школы; а впослѣдствіи отступился отъ этого первоначальнаго взгляда и придалъ своей теоріи совершенно иной смыслъ—на этотъ разъ весьма сходный съ формулой «сила есть право».

Въ изданномъ въ 1877 году первомъ томѣ «Kritik der juristischen Grundbegriffe» Бирлингъ опредѣляетъ право какъ совокупность нормъ, служащихъ правилами для совмѣстной жизни опредѣленной группы людей, и предпринимаетъ изслѣдованіе вопроса, въ чемъ лежитъ основа обязательной силы правовыхъ нормъ? Воззрѣнія различныхъ ученыхъ на этотъ предметъ могутъ быть сведены въ двѣ группы; первая группа исходитъ изъ понятія о субъектѣ, устанавливающемъ нормы, вторая исходитъ изъ самаго понятія о нормахъ. [3]) Въ первой группѣ Бирлингъ различаетъ три направленія—теократическое, натуралистическое и идеалистическое. Натуралистическое воззрѣніе признаетъ, что право устанавливается властью; Бирлингъ опровергаетъ это воззрѣніе разсужденіемъ, что фак-

---

[1]) O. c., S. 65.

[2]) O. c., S. 152—153: „die höhere Ordnung..... ist nicht abhängig von der Nothwendigkeit.....“ На стр. 158 онъ говоритъ объ „имманентныхъ“ нормахъ, регулирующихъ міровой порядокъ.

[3]) E. R. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Erster Band, 1877, S. 19.

тической силы недостаточно для созданія права, такъ какъ въ противномъ случаѣ всякія самыя тяжкія преступленія, какъ грабежъ, изнасилованіе и т. п., пришлось бы признать правовыми дѣйствіями.[1]) Идеалистическое воззрѣніе, принимающее, что право творится народнымъ духомъ, покоится на несомнѣнно произвольномъ постулатѣ—будто есть какой-то самостоятельно существующій народный духъ, отдѣльный отъ душъ индивидуумовъ.[2])—Во второй группѣ Бирлингъ различаетъ также три воззрѣнія—обосновывающее право на общей волѣ или убѣжденіи; на внѣшнемъ принужденіи; и выводящее право изъ понятія нравственности. Первое воззрѣніе представляется въ трехъ видахъ: a) Договорная теорія, сводящая все право къ постулату обязательности договоровъ; между тѣмъ доказано, что напримѣръ въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ обязательность договоровъ, какъ общій принципъ, не признавалась.[3]) b) Теорія народнаго суверенитета, которую также нельзя признать правильной. Единогласное выраженіе воли народа немыслимо; но разъ поднимается вопросъ о большинствѣ, то мы вправѣ спросить,—почему же большинство обязываетъ меньшинство? и какое большинство должно обязывать?[4]) Наконецъ, факты убѣждаютъ насъ, что обязываетъ обыкновенно меньшинство, а большинство обязывается. c) Историческая школа, сторонники которой учатъ, что право создается народнымъ убѣжденіемъ. Народное убѣжденіе, говоритъ Бирлингъ, не можетъ создать права, потому что понятіе народа предполагаетъ уже существованіе права. Какъ бракъ не можетъ считаться основой семьи, потому что бракъ предполагаетъ уже существованіе извѣстныхъ нормъ права, возникшихъ именно въ семьѣ, такъ и народъ долженъ считаться продук-

---

1) O. c., I, S.S. 42, 44.
2) O. c., I, S.S. 61, 65.
3) O. c., I, S. 76.
4) O. c, I, S.S. 78, 79, 80.

томъ, а не источникомъ нормъ права. [1]) — Признавая правильной критику Бирлинга относительно договорной теоріи и теоріи народнаго суверенитета, мы не можемъ однако согласиться съ разсужденіемъ Бирлинга объ исторической школѣ. Это разсужденіе не выдерживаетъ никакой критики. Если согласиться, что народъ создается правомъ, то придется признать право за нѣчто иманетное, само по себѣ существующее, придется удариться въ теорію естественнаго права; поэтому непремѣнно надо признать, что народъ, люди, создаютъ право—но какъ? Этотъ вопросъ требуетъ разрѣшенія. Да и самъ Бирлингъ, какъ увидимъ ниже, въ своей теоріи признанія (Anerkennung) въ сущности воспроизводитъ ни что иное, какъ теорію народнаго убѣжденія.—Противъ втораго воззрѣнія, обосновывающаго право на внѣшнемъ принужденіи, Бирлингъ повторяетъ ужѐ ранѣе сказанное, что сила сама по себѣ не есть право и не можетъ создать права. Стоитъ лишь предположить, продолжаетъ Бирлингъ, что всѣ стали добровольно исполнять предписанія права, и мы сейчасъ увидимъ, что не принужденіе создаетъ право. [2]) Наконецъ, мы видимъ, говоритъ онъ, что напримѣръ нормы государственнаго права часто не подлежатъ принудительному осуществленію. [3]) Третье воззрѣніе, выводящее право изъ нравственности, Бирлингъ опровергаетъ указаніемъ, что нормы права отличаются отъ нормъ нравственности признаніемъ со стороны членовъ даннаго общественнаго союза.[4]) Какъ будто нормы нравственности такимъ признаніемъ не пользуются! И кромѣ того, эта ссылка на признаніе, какъ отличительный признакъ права, есть petitio principii, такъ какъ разбираемая книга Бирлинга посвящена именно выводу, что обязательная сила права основывается на признаніи со стороны членовъ общества.

---

[1]) O. c., I, S.S. 90, 93, 98—99.

[2]) O. c., I, S.S. 140, 143, 144, 145.

[3]) O. c., I, S. 147.

[4]) O. c., I, S. 170.

Отвергнувъ всѣ теоріи обязательности нормъ права, Бирлингъ излагаетъ свою теорію—состоящую въ голословномъ утвержденіи, что обязательная сила нормъ права основывается на признаніи ихъ со стороны слагающихъ данную общественную группу индивидуумовъ. [1]) Для читающаго въ первый разъ «Kritik» Бирлинга, при ознакомленіи съ первымъ томомъ не возникаетъ никакаго сомнѣнія, что авторъ употребляетъ слово «признаніе» (Anerkennung) въ прямомъ общеупотребительномъ смыслѣ. Но такъ какъ позднѣе, во второмъ томѣ «Kritik», и еще позднѣе въ «Juristische Prinzipienlehre», Бирлингъ придаетъ термину «Anerkennung» совершенно иной смыслъ и заявляетъ, что и ранѣе, въ первомъ томѣ «Kritik», онъ употреблялъ этотъ терминъ въ томъ же смыслѣ—мы должны нѣсколько подробнѣе разсмотрѣть значеніе, которое Бирлингъ придаетъ этому термину въ разбираемой нами первой части «Kritik». Вышеприведенныя цитаты ясно выражаютъ мысль Бирлинга; но если мы обратимся къ тѣмъ разъясненіямъ, которыя онъ даетъ своей теоріи по поводу предполагаемыхъ и возможныхъ возраженій, то не останется никакаго сомнѣнія въ томъ, что подъ «Anerkennung» въ первомъ томѣ «Kritik» Бирлингъ понимаетъ именно «признаніе», а не что либо иное. Противъ теоріи признанія сразу является возраженіе—неужели же нормы права обязательны для каждаго человѣка лишь постольку и дотолѣ, поскольку и доколѣ онъ ихъ признаетъ? Имѣя въ виду такое возраженіе, Бирлингъ говоритъ, что въ большинствѣ случаевъ, когда поверхностное наблюденіе мо-

---

[1]) O. c., I, S. 12: нормы права—это тѣ нормы, которыя.... „als Regel des staatlichen Lebens seitens der Staatsgenossen fortgesetzt anerkannt werden“; S. 82: „Es ist endlich speciell als rechtliche Anerkennung die Anerkennung gewisser Grundsätze innerhalb eines gewissen Kreises und zwar als Normen des Zusammenlebens bezeichnet worden“; S.S. 113, 121; S. 138: „Nach alledem können auch Staatsgesetze nur verpflichtende Kraft haben, weil und soweit sie als bindende Gemeinschaftsnormen anerkannt sind von den Staatsgenossen“.

жетъ привести къ заключенію, будто во многихъ случаяхъ признаніе нормъ отсутствуетъ, на самомъ дѣлѣ существуетъ лишь противодѣйствіе, противоутвержденіе нормамъ, пользующимся не смотря на это признаніемъ.[1]) Но такъ какъ это не представляется исчерпывающимъ опроверженіемъ указаннаго возраженія, то Бирлингъ вынужденъ былъ допустить, что достаточно признанія одного положенія — «законамъ надо повиноваться», чтобы всѣ остальныя нормы права считать разъ на всегда уже признанными.[2]) Это допущеніе въ сущности опровергаетъ теорію Бирлинга: вѣдь это единственное положеніе, «законамъ надо повиноваться», можетъ быть внушено силою, что же останется тогда отъ Бирлинговскаго «Anerkennung»? А вѣдь Бирлингъ самъ допускаетъ, что признаніе можетъ быть и вынужденнымъ и даже безсознательнымъ.[3]) Вынужденное признаніе въ связи съ оговоркой Бирлинга, что достаточно признать лишь *одно* указанное положеніе, чтобы всѣ нормы права были признаны, ведетъ къ отрицанію самой теоріи Бирлинга; *безсознательное же признаніе* есть явное contradictio in adjecto.[4]) Наконецъ, помимо всѣхъ прочихъ соображеній, «признаніе» Бирлинга ничѣмъ не отличается отъ «народнаго убѣжденія» исторической школы, противъ котораго Бирлингъ такъ возстаетъ.

Сознавая всю неудачность своей теоріи признанія, Бирлингъ во второмъ томѣ «Kritik der Juristichen Grundbegriffe» и въ «Juristische Prinzipienlehre» отказался отъ первоначаль-

---

[1]) O. c., I, S. 135: „nur ein Zuwiderhandeln, Zuwiderbehaupten gegen gleichzeitig dennoch anerkannte Normen....“ Т. е. здѣсь у Бирлинга какъ бы проглядываетъ идея борьбы за право.

[2]) O. c., I, S.S, 135—136, 138.

[3]) O. c., I, S. 82: Auch die unfreiwillige Anerkennung ist noch Anerkennung und zwar umfasst dieselbe nicht nur die abgenöthigte, erzwungene, sondern auch die unbewusste, unwillkürliche Anerkennung“.

[4]) Это замѣчено напр. Aguiléra, L'idée du droit en Allemagne, p. 306. Во 2-мъ томѣ „Kritik“ Бирлингъ, очевидно сознавая это, говоритъ, что „unbewusst“ есть слабая степень „des Bewusstseins“. „Kritik“, II, S. 359.

наго взгляда и заявилъ, что «Anerkennung» онъ принимаетъ въ томъ смыслѣ, какъ это понимается въ словахъ «Anerkennung der Wahrheit» [1]), т. е. по-русски въ смыслѣ *усвоенія.* Утвержденіе, что достаточно признанія одного положенія, «законамъ надо повиноваться», чтобы всѣ нормы оказались тѣмъ самымъ признанными, Бирлингъ здѣсь толкуетъ какъ логическую необходимость признать выводы, разъ посылки признаны. [2]) Это «усвоеніе» можетъ быть и безсознательное и даже вынужденное. [3])—Но вѣдь такимъ образомъ, если принять, какъ было говорено нами выше при разборѣ перваго тома «Kritik», что достаточно усвоить одно правоположеніе, чтобы и всѣ остальныя оказались усвоенными, и если принять цитированное мнѣніе Бирлинга, что усвоеніе этого одного положенія можетъ воспослѣдовать вслѣдствіе принужденія— то окажется, что теорія Бирлинга признаетъ силу правомъ. А вѣдь самъ Бирлингъ такъ горячо противъ этого возражаетъ и принужденіе не считаетъ даже существеннымъ элементомъ права.—Помимо этого противорѣчія, Бирлингъ впадаетъ въ другія подобныя. Напримѣръ, въ «Prinzipienlehre», придавая «Anerkennung» смыслъ «усвоенія», онъ въ одномъ мѣстѣ говоритъ, что норма права является содержаніемъ правообязанности для даннаго индивидуума, поскольку онъ её призналъ актомъ своей воли. [4]) А ранѣе, какъ мы видѣли, онъ это отвергалъ. [5])

---

[1]) Kritik der Juristischen Grundbegriffe, II, S. 357—359; Juristische Prinzipienlehre, S. 42.

[2]) Kritik, II, S. 359: „Wer die Prämissen anerkennt, anerkennt auch die Consequenzen". Въ Prinzipienlehre онъ называетъ это „indirecte Anerkennung", S. 46, 112.

[3]) Prinzipienlehre, S. 47; 45—46: „....Auch diejenige Normen-Anerkennung, die . . . . mit Gewalt abgerungen ist, muss als wahre Rechtsanerkennung erachtet werden".

[4]) Prinzipienlehre, S. 171: „Eine Rechtsnorm erscheint dem Rechtsgenossen als Inhalt seiner Rechtspflicht, sofern er diese Norm . . . . . als von seinem eigenen Wille anerkannte weiss".

[5]) См. выше, стр. 144, примѣч. 1).

Настолько теорія «Anerkennung» Бирлинга темна и неудовлетворительна, что напримѣръ Беккеръ въ статьѣ, посвященной разбору перваго тома «Kritik», признавъ эту теорію правильной, тѣмъ не менѣе тотчасъ же, повидимому безсознательно, видоизмѣнилъ её до неузнаваемости. Есть, говоритъ онъ, два рода права—право охраненное (напр. частное право) и право неохраненное (напримѣръ международное); первое основывается на безвозвратномъ признаніи его, второе на факультативномъ (irrevocable und revocable Anerkennung); безвозвратное признаніе онъ называетъ подчиненіемъ (Unterwerfung).[1]). Но вѣдь подчиненіе можетъ основываться, какъ сказано, исключительно на силѣ. Что же станется съ признаніемъ?

Слѣдующій писатель изъ числа составляющихъ какъ бы переходную группу между сторонниками исторической школы и послѣдователями Іеринга—Августъ Тонъ. Право онъ называетъ общей волей, выражающейся въ рядѣ велѣній.[2]) Но воля эта направлена къ охранѣ интересовъ: не послушаніе само по себѣ требуется правомъ, ему дороги послѣдствія послушанія въ интересахъ общества.[3]) Сходясь съ Іерингомъ въ этомъ взглядѣ на интересъ какъ на основу права, Тонъ коренным образомъ расходится съ нимъ по вопросу о значеніи момента принужденія (въ подробности мы здѣсь не входимъ, такъ какъ этимъ вопросомъ мы будемъ имѣть случай серьезно заняться въ третьей части нашей книги). «Цѣль въ правѣ» въ это время была уже издана, но Тонъ во многихъ отношеніяхъ не соглашается съ Іерингомъ и въ частности именно въ вопросѣ о значеніи принужденія.[4]) Въ этомъ же смыслѣ, противъ признанія принужденія существеннымъ эле-

---

[1]) Bekker, Ueber den Rechtsbegriff, Zeitschr. f. vergl. R.-Wiss., I Bd. (1878), S.S. 110, 111, 113.

[2]) A. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S.S. 1, 3.

[3]) O. c., S.S. 3, 4.

[4]) O. c., S.S. 5—7; 19.

ментомъ права, Тонъ еще разъ высказывается въ одной статьѣ, напечатанной въ 1880 году.[1]) Брунсъ также долженъ быть отнесенъ къ этой группѣ. Онъ расходится съ Іерингомъ, потому что совершенно отрицаетъ утилитарный принципъ въ правѣ; право ничего общаго не имѣетъ съ вопросомъ о благосостояніи людей.[2]) Но въ то же время онъ далеко не согласенъ и съ точкой зрѣнія исторической школы. Право, говоритъ онъ, нельзя выводить изъ народнаго убѣжденія.[3]) Завоеватель и узурпаторъ могутъ создать право—но гдѣ же тутъ народное убѣжденіе? Это ошибочное мнѣніе о происхожденіи права изъ народнаго убѣжденія, продолжаетъ Брунсъ, ведетъ къ ложному заключенію, будто законъ есть средство познанія права (Erkenntnissmittel), а не источникъ его.[4]) А далѣе Брунсъ говоритъ, впадая совершенно въ тонъ исторической школы, что право возникаетъ непроизвольно, по внутренней необходимости, изъ національнаго правового чувства, что процессъ его образованія есть наивное примѣненіе нормъ силою національнаго правового сознанія.[5]) Эдуардъ Хёльдеръ въ учебникѣ пандектъ говоритъ, что право возникаетъ двоякимъ путемъ: изъ дѣятельности и взаимоотношеній отдѣльныхъ лицъ—это будетъ правообразованіе оригинальное (обычное право); или правообразованіе является производнымъ—черезъ дѣятельность особыхъ органовъ (законъ). Въ противоположность производному—оригинальное правообразованіе является непроизвольнымъ; Хёльдеръ отрицаетъ значеніе первичной сдѣлки и первичнаго судебнаго рѣшенія въ дѣлѣ правообразованія; онъ

---

[1]) A. Thon, Der Rechtsbegriff, Zeitschr. f. priv. u. öff. Recht, 7-er Bd. (1880), S.S. 242—248.

[2]) C. G Bruns, Das heutige Römische Recht, въ Encyclopaedie Holtzendorf'a, 1890, S. 434: „Das Recht ist an sich unabhängig von der öffentlichen Wohlfart und für die Anwendung des bestehenden Rechts hat man sogar den Satz aufgestellt: „fiat justitia, pereat mundus!"

[3]) O. c., S. 435.

[4]) O. c., S. 436.

[5]) O. c., S.S. 437, 438.

говоритъ, что всякая сдѣлка и всякое судебное рѣшеніе не могутъ основываться ни на чемъ иномъ, какъ на существующихъ уже́ нормахъ. [1]) Но мы этотъ вопросъ будемъ подробно разсматривать и убѣдимся, что это не такъ. Говоря объ обычномъ правѣ, признавая его возникновеніе за непроизвольное, Хёльдеръ однако отрицаетъ всякое значеніе народнаго правоваго убѣжденія (opinio necessitatis), какъ источника обязательности обычнаго права. Обязательность обычнаго права есть слѣдствіе примѣненія его нормъ; люди начинаютъ чувствовать необходимость примѣненія данныхъ нормъ единственно потому, что онѣ примѣняются постоянно въ этомъ фактѣ и лежитъ специфическій характеръ обычнаго права; такое сознаніе необходимости примѣнять данную норму въ силу самаго факта предшествующаго примѣненія—мало по малу превращается въ правовое сознаніе. [2]) Слѣдующій писатель этой группы, Фердинандъ Регельсбергеръ, говоритъ, что право есть продуктъ человѣческаго духа; не духа отдѣльныхъ людей, а духа цѣлаго общества; и не духа общества всѣхъ людей, а духа отдѣльныхъ большихъ союзовъ, на которые дѣлится человѣчество. Право возникаетъ вслѣдствіе присущаго людямъ стремленія къ порядку въ общежитіи, а самое содержаніе нормъ, регулирующихъ этотъ порядокъ, опредѣляется интересами общества. [3]) Регельсбергеръ какъ бы приближается къ воззрѣніямъ Іеринга, говоря, что хотя существуютъ права неосуществимыя принужденіемъ, напримѣръ нормы права международнаго, но что тѣмъ не менѣе принужденіе есть существенный элементъ права, что вся-

---

[1]) Eduard Hölder, Pandekten, 1891, S. 27, 28.

[2]) O. c., S. 30. Это воззрѣніе совершенно правильно—какъ мы увидимъ впослѣдствіи. Въ этомъ смыслѣ Хёльдеръ говоритъ въ „Ueber die Natur des Rechts", 1891, что общая воля опредѣляется волей отдѣльныхъ личностей, S. 9.

[3]) Regelsberger, Pandekten, 1893; въ Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Binding'a, S. 59.

кое право стремится къ принудительности, что неосуществимыя принудительнымъ порядкомъ права́ суть права́ несовершенныя.[1]) Въ ученіи объ обычномъ правѣ онъ принимаетъ теорію исторической школы, указывая на правовое убѣжденіе и фактическое примѣненіе нормъ, какъ на условія возникновенія обычнаго права.[2]) А по отношенію къ закону напротивъ отрицаетъ всякое значеніе народнаго убѣжденія, такъ какъ законодатель по многимъ вопросамъ часто не могъ бы найти народнаго убѣжденія, которое онъ желалъ бы взять въ качествѣ содержанія для издаваемаго закона.[3])

Къ переходной группѣ также долженъ быть отнесенъ Георгъ Френцель. Книга Френцеля посвящена изслѣдованію о томъ, что̀ такое положительное право. Начинается это изслѣдованіе съ обычнаго права. Въ качествѣ признаковъ обычнаго права, говоритъ онъ, указываются слѣдующіе:

Правовая норма (Rechtssatz);

Правовое убѣжденіе (opinio necessitatis);

Отсутствіе ошибки (Abwesenheit von Irrthum);

Рядъ дѣйствій членовъ общества (Uebung der Gemeinschaftsgenossen);

Единообразіе и продолжительность этихъ дѣйствій (Gleichförmigkeit und Dauer der Uebungshandlungen);

Разумное содержаніе (Rationabilität);

Соизволеніе законодателя (Genehmigung des Gesetzgebers).[4])

Но, говоритъ Френцель, всѣ эти признаки несущественны, кромѣ факта наличности извѣстныхъ дѣйствій (Uebung).[5])

---

[1]) O. c., S. 63.

[2]) O. c, S. 94.

[3]) O. c., S. 85.

[4]) G. Frenzel, Recht und Rechtssätze, 1892, S. 11.

[5]) До сихъ поръ слово „Uebung" я переводилъ какъ „фактическое примѣненіе нормъ", какъ всѣ писатели это понимаютъ; но Френцель утверждаетъ, что нормы не являются существеннымъ признакомъ права (!), почему для изложенія его воззрѣній я долженъ былъ принять другой переводъ.

Наличность нормъ не принадлежитъ къ числу существенныхъ признаковъ права. [1]) Положенія, правила, нормы (Satze, Regeln, Normen) суть сочетанія представленій и какъ таковыя дѣйствительно существуютъ только въ представляющей душѣ. Въ явленіяхъ внѣ души человѣческой—правила не существуютъ. [2]) Въ душѣ человѣческой, въ свою очередь, правила существуютъ не какъ чувства, потому что въ чувствахъ нѣтъ представленій а слѣдовательно и сочетаній представленій; между тѣмъ правила суть именно сочетанія представленій. [3]) Мы знаемъ, продолжаетъ Френцель, что исчерпывающее знаніе нормъ права въ настоящее время является лишь достояніемъ класса юристовъ, да и тѣ, впрочемъ, едва ли имѣютъ дѣйствительно исчерпывающее знаніе нормъ права, такъ какъ ученая разработка права еще продолжается и слѣдовательно не все еще намъ извѣстно. [4]) Значитъ—право и совокупность правовыхъ нормъ не тождественны, т. е. нормы не суть необходимый признакъ права. [5])

Здѣсь мы сразу должны заявить о полной невозможности присоединиться къ мнѣнію Френцеля. Основоположеніе его, что правила существуютъ лишь въ душѣ человѣка какъ сочетанія представленій, высказано имъ голословно и не выдерживаетъ критики. Право есть общественный порядокъ, т. е. извѣстное единообразіе въ дѣятельности людей, характеризуемое опредѣленными признаками. Этотъ порядокъ устанавливается или самъ собою или создается намѣренно, прямыми предписаніями поступать извѣстнымъ образомъ. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ обычнымъ правомъ, во второмъ—съ законодательствомъ. Изучая обычное право, какъ общественный

---

[1]) O. c., S. 5: „die Rechtssätze nicht zum Wesen des Rechts gehören“.
[2]) O. c., S. 1.
[3]) O. c., S. 2.
[4]) O. c., S.S. 3—4.
[5]) O. c., S.S. 3, 5.

порядокъ, мы замѣчаемъ въ немъ извѣстное единообразіе и это подмѣченное нами единообразіе мы выражаемъ нормами. Слѣдовательно мы въ правѣ сказать, что нормы являются существеннымъ признакомъ обычнаго права, потому что онѣ суть ничто иное какъ выраженіе извѣстнаго единообразія, присущаго явленіемъ обычнаго права. Конечно мы не будемъ утверждать, что норма права всегда присутствуетъ въ сознаніи людей, ее примѣняющихъ, но мы утверждаемъ, что въ обычно-правовыхъ дѣйствіяхъ нормы всетаки примѣняются. Пѣвецъ напримѣръ знаетъ, *какъ* надо пѣть, и *умѣетъ* пѣть, но физіологическіе процессы, происходящіе при этомъ въ его горлѣ и съ точностью по желанію имъ въ любой моментъ воспроизводимые, ему самому могутъ быть совершенно неизвѣстны. Такъ же и человѣкъ, поступающій по обычному праву, примѣняетъ извѣстный порядокъ дѣйствій и порядокъ этотъ нами формулируется въ видѣ нормы, хотя можетъ быть самъ примѣняющій и не въ состояніи этого сдѣлать.

Обращаясь къ закону, мы видимъ, что посредствомъ законодательства создается людьми извѣстный правовой порядокъ путемъ предписаній дѣйствовать въ опредѣленныхъ обстоятельствахъ извѣстнымъ образомъ; слѣдовательно въ этомъ случаѣ мы безъ всякаго сомнѣнія должны признать нормы существеннымъ признакомъ права, такъ какъ правовой порядокъ самымъ существованіемъ своимъ обязанъ этимъ нормамъ.—Разъ же мы отвергли утвержденіе Френцеля, будто нормы, правила, существуютъ лишь въ познающей душѣ человѣка, то и его мнѣніе—что правоположеніе, норма, не есть признакъ обычнаго права—само собою падаетъ.

Отвергнувъ—и какъ мы видимъ весьма неудачно—первый признакъ, Френцель переходитъ къ другимъ. Правовое убѣжденіе, какъ признакъ обычнаго права, онъ отвергаетъ на томъ основаніи, что обычное право примѣняется не вслѣдствіе обсужденія въ каждомъ данномъ случаѣ, какъ надо поступить, а по ассоціаціи идей, причемъ психическій процессъ

не идетъ выше простаго чувства и не принимаетъ, слѣдовательно, форму убѣжденія, opinio necessitatis. [1])

И съ этимъ положеніемъ Френцеля нельзя согласиться, но критику его мы отложимъ, ради удобства, до критики признака «Uebung».

Признакъ отсутствія ошибки въ обычномъ правѣ, говоритъ Френцель, не существенъ, такъ какъ вопросъ объ ошибкѣ есть вопросъ о примѣненіи, а не о сущности права. Требованіе разумности содержанія Френцель также отвергаетъ на томъ основаніи, что задача его изслѣдованія—разсужденіе о томъ, что̀ обычное право *есть*, а не о томъ, чѣмъ оно *должно быть*. Соизволеніе законодателя также не можетъ считаться признакомъ обычнаго права, потому что исторія доказываетъ намъ возможность возникновенія обычнаго права и безъ соизволенія законодателя. [2]).

Противъ этихъ воззрѣній Френцеля мы не будемъ возражать. Мы съ нимъ соглашаемся, хотя—какъ это видно будетъ ниже—по первымъ двумъ пунктамъ и не вслѣдствіе тѣхъ соображеній, которыя высказываетъ Френцель.

Такимъ образомъ, продолжаетъ онъ, нами отвергнуты всѣ признаки, которыми пытаются характеризовать обычное право, кромѣ признака наличности извѣстныхъ дѣйствій (Uebung); [3]) только «Uebung» является необходимымъ призна-

---

[1]) O. c., S. 19.

[2]) O. c., S.S. 20—21.

[3]) Здѣсь я не могу не указать еще на одну логическую уловку, которую Френцель дѣлаетъ для доказательства, что норма не есть признакъ права; онъ употребляетъ слово „Uebung“ безъ дополненія (если другіе авторы употребляютъ это слово также, то дополненіе „нормъ“ у нихъ всегда подразумѣвается); по русски мы не можемъ сказать „упражненіе, употребленіе, примѣненіе“ безъ дополненія, а по нѣмецки это можно. Но такое словоупотребленіе даетъ поводъ къ недоразумѣнію. Если бы мы задались вопросомъ—„примѣненіе“ *чего?*—то должны были бы отвѣтить „нормъ“ или „единообразнаго порядка дѣйствій“ и сразу видѣли бы, что признакъ нормы въ обычномъ правѣ отвергать нельзя. А разъ можно подобнаго вопроса избѣжать, то можно, при желаніи, дѣлать нелѣпое заявленіе, будто обычное право заключается въ „Uebung“, не упоминая о содержаніи этого „Uebung“.

комъ обычнаго права, а всѣ остальные—нѣтъ, въ томъ числѣ и правовое убѣжденіе. При намѣренныхъ дѣйствіяхъ (bei dem spontanen Handeln), говоритъ Френцель, совершаются извѣстные процессы въ области чувства и мысли, является представленіе объ извѣстныхъ обстоятельствахъ во внѣшнемъ мірѣ, вызывающее въ насъ сужденіе и соотвѣтствующее дѣйствіе. Но при дѣятельности въ силу обычая (bei dem gewohnheitsmässigen Handeln) мыслительный процессъ отпадаетъ и на его мѣсто становится простая ассоціація представленій, такъ что извѣстное событіе немедленно и непосредственно вызываетъ въ насъ опредѣленную реакцію. Процессы въ области чувства могутъ при этомъ наблюдаться, но могутъ и отсутствовать; напримѣръ они несомнѣнно отсутствуютъ въ обычаѣ подавать въ извѣстные дни опредѣленныя кушанья. Слѣдовательно даже чувство не является признакомъ, существеннымъ для понятія обычнаго права. [1]) Значитъ—обычай и обычное право между собою ничѣмъ не отличаются. [2]) Въ этомъ отношеніи Френцель послѣдовательнѣе Адикеса и Циттельмана, которые отвергаютъ признакъ правоваго убѣжденія за обычнымъ правомъ, но отрицать разницу между обычаемъ и обычнымъ правомъ и совершенно отождествлять ихъ не рѣшаются.—Но это послѣдовательное до конца проведеніе данной идеи является у Френцеля на нашъ взглядъ ничѣмъ инымъ, какъ reductio ad absurdum его собственной теоріи. Разницу между обычаемъ и обычнымъ правомъ отрицать невозможно. Во первыхъ, если мы вдумаемся въ психическіе процессы, сопровождающіе примѣненіе обычая и обычнаго права, мы увидимъ несомнѣнную разницу. Обычай, мы можемъ согласиться съ Френцелемъ, примѣняется иногда по безсознательной ассоціаціи; но обычное право примѣняется непремѣнно

---

[1]) O. c., S.S. 12—13—14.

[2]) O. c., S. 18: „....es bleibt nichts uebrig, als das Handeln bei der gewohnheitsrechtlichen Uebung dem gewohnheitsmässigen Handeln gleich zu stellen“.

съ сознаніемъ, что такъ поступать необходимо, потому что иначе поступить будетъ несправедливо, нехорошо; это сознаніе можетъ быть смутно, неопредѣленно, такъ сказать не дифференцировано, но оно есть несомнѣнно. Во вторыхъ, послѣдствія, которыя влечетъ за собою неисполненіе нормъ обычнаго права и простыхъ обычаевъ, совершенно различны: несоблюденіе обычая можетъ вызвать только нѣкоторое горькое чувство въ душѣ человѣка, порой даже необъяснимое для него самого, да развѣ еще сожалѣніе или сарказмъ сосѣдей; а неисполненіе нормы обычнаго права можетъ повлечь иной разъ весьма серьезныя послѣдствія и быть даже поводомъ къ судебному процессу. Наконецъ, самое разсужденіе Френцеля о томъ, что правовое убѣжденіе не есть существенный признакъ обычнаго права, не обставлено удовлетворительными доказательствами; онъ ограничивается голословнымъ утвержденіемъ, что примѣненіе нормъ обычнаго права совершается по ассоціаціи идей, а затѣмъ это голословное утвержденіе фигурируетъ у него уже въ качествѣ доказательства.

Переходя къ вопросу о законодательствѣ, Френцель говоритъ, что право создаваемое законами (Gesetzesrecht) также не имѣетъ своимъ существеннымъ признакомъ понятіе нормъ. Право основанное на законахъ есть—привычка повиноваться закону. [1]) Нормы права служатъ для образованія правовыхъ привычекъ; [2]) если создается новый правовой порядокъ новыми законами, то новые законы исполняются въ силу уже существующей привычки повиноваться законамъ вообще. [3])—Это утвержденіе Френцеля покоится на тѣхъ же основаніяхъ, какъ его теорія обычнаго права,—и слѣдовательно не нуждается въ особомъ опроверженіи. Но помимо этого Френцель самую эту привычку повиновенія опредѣляетъ недостаточно точно. Одинъ разъ онъ говоритъ

[1]) O. c., S. 28.
[2]) O. c, S.S. 77, 36, 37.
[3]) O. c., S. 29: „Die neue Ordnung wurde dann zunächst Kraft der alten Gehorsamsgewohnheit befolgt"; тоже S.S. 31, 35—36.

о привычкѣ повиновенія закону, т. е. даннымъ нормамъ;[1]) а другой разъ говоритъ о привычкѣ повиноваться законамъ вообще.[2]) Однако, если мы допустимъ первое предположеніе, то придемъ къ нелѣпому выводу, будто законъ создаетъ право не съ момента изданія, а съ того времени, какъ образуется привычка повиноваться ему. Если же мы примемъ второе предположеніе, то тогда право окажется лишеннымъ всякаго содержанія и эта Френцелева «привычка повиноваться законамъ вообще» въ сущности ничѣмъ не будетъ отличаться отъ правоваго убѣжденія (opinio necessitatis), противъ котораго онъ такъ ратуетъ.[3])

Несмотря на такую путаницу понятій Френцеля, онъ всетаки долженъ бы быть отнесенъ къ противникамъ исторической школы, такъ какъ отрицаетъ правовое убѣжденіе, этотъ краеугольный камень теоріи исторической школы. Но въ другихъ отношеніяхъ онъ повторяетъ такія ошибки этой послѣдней, что его никоимъ образомъ нельзя отнести къ сторонникамъ Іеринговскаго направленія. Напримѣръ о процессѣ правообразованія вообще онъ говоритъ, что право не есть дѣло рукъ человѣческихъ, но покоится на загадочномъ дѣйствіи природы подобно росту живыхъ организмовъ.[4])

---

[1]) O. c., S. 28: „....Gewohnheit dem Gesetz zu gehorchen“.

[2]) O. c., S.S. 29, 31, 35—36.

[3]) Бирлингъ въ Prinzipienlehre, въ обширномъ примѣчаніи на стр. 38—39, обращаетъ вниманіе еще на то обстоятельство, что согласно описанію, которое Френцель даетъ правовой привычкѣ, „Rechtsgewohnheit“, эта правовая привычка ничѣмъ не отличается отъ физіологическаго рефлекса.

[4]) O. c., S. 74: „Es ist ein Axiom der historischen Schule, dass das Recht nicht menschliches Machwerk sei, sondern auf einer räthselhaften Thätigkeit der Natur beruhe, gleichwie das Wachstum lebenden Organismen“.

Глава 9-я.

Послѣ „Kampf um's Recht" и „Zweck im Recht".

Противники исторической школы и послѣдователи Іеринга.

Обозрѣніе ряда писателей—противниковъ исторической школы, сочиненія которыхъ появились послѣ 1877 года, мы начнемъ съ Циттельмана. Эрнстъ Циттельманъ въ замѣчательно содержательной, чисто классической, объемистой журнальной статьѣ излагаетъ свою теорію обычнаго права и критикуетъ главнѣйшія теоріи другихъ ученыхъ. Хотя эта статья написана по частному вопросу, однако для рѣшенія этого частнаго вопроса—о значеніи ошибки въ дѣлѣ образованія обычнаго права—Циттельману пришлось подвергнуть ревизіи всю теорію обычнаго права цѣликомъ. Существуетъ множество теорій обычнаго права; всѣ ихъ можно свести въ нѣсколько основныхъ группъ. Самая старая теорія—теорія соизволенія (Gestattungstheorie), которая обязательную силу обычнаго права основываетъ на явномъ или молчаливомъ согласіи государственной власти, чтобы нормы обычнаго права примѣнялись. Конечно, говоритъ Циттельманъ, идея о спеціальномъ для каждой нормы обычнаго права соизволеніи—есть фикція, этого никогда не бываетъ. Равнымъ образомъ нѣтъ ни въ одномъ кодексѣ общаго выраженія согласія законодателя—чтобы дѣйствовало обычное право: былъ такой законъ въ юстиніановскомъ правѣ, но вѣдь оно теперь не имѣетъ силы закона, гдѣ оно дѣйствуетъ—тамъ оно дѣйствуетъ какъ

обычное право. Опираться на возможность для закона отмѣнить дѣйствіе обычнаго права—для доказательства теоріи соизволенія—также нельзя: вѣдь никто не станетъ утверждать, что онъ причина существованія своего сосѣда потому только, что онъ могъ бы этого сосѣда убить, если бы захотѣлъ.[1]) Другая теорія—волевая. Эта теорія утверждаетъ, что обычное право создается волей. Это можно понимать въ двоякомъ смыслѣ. Если принять, что обычное право создается волей отдѣльныхъ лицъ, все равно меньшинства или большинства, то тотчасъ же является вопросъ—какимъ же образомъ воля отдѣльныхъ лицъ можетъ создать право для всѣхъ?[2]) Если же признать источникомъ права общую волю, то волевая теорія въ этомъ видѣ отождествляется съ теоріей народнаго убѣжденія, а эта послѣдняя, какъ мы сейчасъ увидимъ, говоритъ Цительманъ, не выдерживаетъ критики.[3]) Теорія народнаго убѣжденія, распадается на нѣсколько фракцій. Одни ученые полагаютъ, что обязательность обычнаго права основывается на правовомъ убѣжденіи отдѣльныхъ лицъ; но и здѣсь, какъ и въ волевой теоріи, сразу возникаетъ вопросъ—какимъ же образомъ правовое убѣжденіе отдѣльныхъ лицъ можетъ стать обязательнымъ для всѣхъ?[4]) По этому главная масса юристовъ исторической школы говорятъ о всенародномъ убѣжденіи.[5]) Эта теорія всенароднаго правоваго убѣжденія опять таки распадается на нѣсколько разновидностей. Подъ народнымъ убѣжденіемъ можно понимать убѣжденіе народа, что данная примѣняемая въ извѣстномъ случаѣ норма—*есть* правовая норма; или народъ можетъ имѣть убѣжденіе, что данная норма *должна быть*, *долж-*

---

[1]) E. Zittelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, Arch. für die civilistische Praxis; 66 Bd. (1883), S.S. 363—364.

[2]) O. c., S. 370.

[3]) O. c., S. 372.

[4]) O. c., S.S. 374—375.

[5]) O. c., S. 375.

на стать правомъ.[1]) Если мы возьмемъ послѣднее мнѣніе (такъ называемая Циттельманомъ Gerechtigkeitstheorie), будто народъ имѣетъ убѣжденіе, что извѣстная норма *должна* дѣйствовать какъ норма права потому, что это будетъ справедливо—то такаго убѣжденія мы не найдемъ по отношенію къ цѣлому ряду нормъ обычнаго права: развѣ можно быть убѣжденнымъ въ *справедливости* различныхъ численныхъ опредѣленій въ нормахъ права (Zahlbestimmungen), развѣ можетъ такое убѣжденіе существовать по отношенію къ формамъ сдѣлокъ и т. п.? [2]) Я даже утверждаю, говоритъ Циттельманъ, что въ настоящее время обычное право состоитъ почти исключительно изъ подобныхъ нормъ.[3]) А если для цѣлаго ряда нормъ не требуется правоваго убѣжденія въ указанномъ смыслѣ, то и для остальныхъ такое убѣжденіе, само собою разумѣется, должно быть признано не имѣющимъ существеннаго значенія.[4]) Если мы примемъ воззрѣніе втораго рода, если мы будемъ народное правовое убѣжденіе понимать какъ убѣжденіе народа, что данная норма *есть* норма права, почему и должна примѣняться, то и тогда теорія народнаго убѣжденія не выдерживаетъ критики, такъ какъ мы должны прежде всего поднять весьма важный принципіальный вопросъ, возможно ли вообще существованіе общаго народнаго убѣжденія?[5]) Для того, чтобы допустить существованіе *общаго* убѣжденія, нужно было допустить, какъ это и дѣлаютъ сторонники Савиньи и Пухты, существованіе какаго-то коллективнаго психическаго существа (ein psychisches Gesammtphänomen), нужно было этого субъекта общенароднаго убѣжденія иноста-

---

[1]) O. c., S. 379.

[2]) O. c., S. 416.

[3]) O. c., S. 417.

[4]) O. c., S.S. 418, 445.

[5]) O. c., S. 419:...gibt es ueberhaupt eine „allgemeine Rechtsueberzeugung"?

зировать въ формѣ народнаго духа.[1]) Но мы этого допустить никакъ не можемъ, говоритъ Циттельманъ, хотя бы при отрицаніи этой идеи намъ пришлось заслужить упрекъ въ грубомъ эмпиризмѣ и плоскомъ матеріализмѣ. Убѣжденіе происходитъ изъ представленія; представленіемъ мы называемъ извѣстные психическіе процессы, совершающіеся въ извѣстныхъ индивидуумахъ; представленія вообще имѣютъ реальность лишь постольку, поскольку они подлежатъ наблюденію, т. е. они совершаются лишь въ отдѣльныхъ людяхъ, будучи связаны съ ихъ тѣлесной организаціей; и я не боюсь, продолжаетъ Циттельманъ, упрека въ тривіальности, ставя вопросъ—гдѣ тотъ мозгъ, который могъ бы служить вмѣстилищемъ, носителемъ этого общаго убѣжденія?[2]) Но нельзя ли понять общенародное убѣжденіе какъ распространенное въ народѣ среди многихъ его членовъ соотвѣтствующее правовое убѣжденіе, не случайно возникающее, а основывающееся на общности психическихъ качествъ даннаго народа?[3]) Но и это предположеніе, говоритъ Циттельманъ, не спасаетъ теоріи народнаго убѣжденія. Кто тѣ отдѣльныя личности, которыхъ убѣжденіе мы могли бы признать за убѣжденіе общее? Всѣ? Конечно нѣтъ, потому что есть цѣлые классы и группы лицъ, непричастныхъ дѣлу созданія нормъ обычнаго права. Такъ можетъ быть именно только заинтересованныя лица (die Betheiligten)? Но и этого нельзя допустить, какъ слишкомъ неопредѣленнаго предположенія, смахивающаго на фикцію; кто эти, причастныя образованію обычнаго права, лица?—Можетъ быть большинство? Но конечно одна необходимость обратиться къ идеѣ большинства должна убѣдить насъ въ непригодности теоріи народнаго убѣжденія: какъ мы можемъ убѣдится, напримѣръ, въ томъ—существуетъ ли искомое боль-

---

[1]) O. c., SS. 419, 375, 376.
[2]) O. c., S. 420.
[3]) O. c., S.S. 420, 421, 422.

шинство?[1]) Очевидно, что теорія обще-народнаго убѣжденія не можетъ быть принята. Если бы наконецъ, не смотря ни на что, мы признали бы возможность существованія такаго обще-народнаго правоваго убѣжденія, то и тогда бы возникъ вопросъ –но что же превращаетъ это народное убѣжденіе въ право? Въ сущности по моему мнѣнію, говоритъ Циттельманъ, ничто. Мнѣніе, будь оно общенародное мнѣніе, всегда останется только мнѣніемъ, которое обязательной силы имѣть не можетъ.[2]) Слѣдовательно, выводитъ заключеніе Циттельманъ, и въ этомъ состоитъ его собственное воззрѣніе, источникъ обязательности обычнаго права лежитъ не въ общемъ народномъ правовомъ убѣжденіи, а въ самомъ фактѣ продолжительнаго примѣненія данной нормы въ качествѣ нормы права.[3]) Единственно лишь сила фактовъ создаетъ обязательность обычнаго права; въ силу постояннаго повторенія извѣстный связи между явленіями человѣкъ начинаетъ считать эту связь необходимой; въ области правообразованія такимъ путемъ возникаетъ правовое чувство, которое, говоритъ Циттельманъ, я признаю, но вопросомъ о происхожденіи котораго я не занимаюсь.[4]) Вообще говоря—обычное право основывается на авторитетѣ долгаго примѣненія его нормъ и на ожиданіи, что такой порядокъ и впредь будетъ продолжаться.[5])

Вполнѣ присоединяясь къ критикѣ Циттельмана, которую онъ даетъ различнымъ теоріямъ обычнаго права, и до извѣстной степени соглашаясь съ его воззрѣніями на классическую теорію народнаго убѣжденія, мы не можемъ однако признать

---

[1]) O. c., S. 422.

[2]) O, c., S.S. 424—425.

[3]) O. c, S. 445: „...ein Rechtssatz entsteht dadurch, dass er längere Zeit hindurch da, wo er Anwendung zu finden hatte, auch thatsächlich als Rechtssatz angewendet, geübt worden ist.

[4]) O. c., S.S. 445, 446, 454, 464, 453.

[5]) O. c., S. 459.

его собственную теорію происхожденія обязательной силы обычнаго права—правильною. Отвергая народное убѣжденіе какъ элементъ обычнаго права, онъ однако опять приходитъ къ его признанію подъ названіемъ правоваго чувства, да къ тому-же уклоняется отъ изслѣдованія вопроса о существѣ и происхожденіи этого психическаго элемента въ обычномъ правѣ. Правда—критикуемые имъ авторы признаютъ народное убѣжденіе за prius; но во первыхъ не всѣ;[1]) а во вторыхъ, будетъ ли народное убѣжденіе prius или posterius, все равно Циттельманъ призналъ его необходимымъ и тѣмъ впалъ съ собою въ противорѣчіе. Да и нельзя не признать правоваго убѣжденія (или все равно- чувства) за необходимый элементъ въ правѣ: отвергнувъ его, мы отвергнемъ разницу между простымъ обычаемъ и обычнымъ правомъ, о чемъ мы уже имѣли случай говорить при изложеніи теоріи Адикеса.[2]) Наконецъ, какъ мы будемъ имѣть случай убѣдиться въ послѣдствіи, Циттельманъ неправильно отвергаетъ мысль о томъ, что такъ называемое общее народное убѣжденіе есть убѣжденіе отдѣльныхъ личностей, примѣняющихъ нормы права. Напротивъ, именно такъ и слѣдуетъ понимать идею народнаго убѣжденія—народное убѣжденіе въ обычномъ правѣ есть убѣжденіе въ правовомъ характерѣ примѣняемыхъ нормъ со стороны тѣхъ, кто ихъ примѣняетъ. Циттельманъ, въ качествѣ возраженія, спрашиваетъ- кто эти лица, участвующіе въ примѣненіи нормъ (wer sind diese Betheiligten)? Но этотъ вопросъ и не нуждается въ отвѣтѣ; это вопросъ факта; мы не предустанавливаемъ, *кто* долженъ примѣнять нормы обычнаго права съ правовымъ убѣжденіемъ. Мы говоримъ—*если* всѣ примѣняющіе данную норму примѣняютъ её съ сознаніемъ юри-

---

[1]) Такъ напримѣръ на возможность возникновенія правоваго сознанія в с л ѣ д с т в і е долгаго примѣненія (Uebung) нормъ-указываютъ Баронъ, Pand., S.S. 10, 12, 13; Wächter, Pand., S.S. 104—105.

[2]) См. выше стр. 100—101.

дической необходимости, то это будетъ норма обычнаго права; если нѣтъ—то что простой обычай. Другое дѣло—если зайдетъ вопросъ о содержаніи этого общаго правоваго убѣжденія. Здѣсь на первый взглядъ Циттельманъ правъ—это убѣжденіе не можетъ быть убѣжденіемъ, что данная норма *есть* норма права, такъ какъ тогда мы признали бы, что всякое обычное право основывается на ошибкѣ[1]); и убѣжденіе не можетъ состоять въ признаніи необходимости для данной нормы *стать* правомъ, такъ какъ изъ такаго намѣренія никогда не возникнетъ обязательная сила этихъ нормъ.[2]) А отсюда остается лишь одинъ выводъ—слѣдовательно правовое убѣжденіе вообще въ обычномъ правѣ не можетъ существовать.—Но ниже мы увидимъ, что и въ этомъ взглядъ Циттельмана не можетъ быть признанъ правильнымъ.

Одинъ медицинскій профессоръ, Штрикеръ, издалъ въ 1884 году книжку, посвященную общей теоріи права, и исходя изъ теоріи борьбы за существованіе, пытается доказать, что право происходитъ изъ договора. Интересы людей живущихъ въ обществѣ постоянно сталкиваются; люди должны бороться за свои интересы, а кто не хочетъ бороться, тотъ долженъ уступить; но есть еще третій путь—можно вступить въ договоръ и тѣмъ самымъ, поступившись частью своихъ интересовъ, охранить остальные и въ то же время избѣжать риска борьбы. Люди и избрали это средство охраненія своихъ интересовъ; такъ возникло право—изъ договора [3]). Правовое чувство, наличность котораго мы непосредственно въ себѣ сознаемъ, есть явленіе вторичное, результатъ того обстоятельства, что мы проводимъ всю свою жизнь въ договорныхъ отношеніяхъ, что мы окружены такъ сказать атмосферой договорныхъ началъ: съ дѣтства намъ мать повторяетъ

---

[1]) O. c., S. 394.
[2]) O. c., S. 425.
[3]) Dr. S. Stricker, Physiologie des Rechts, 1884, S.S. 115—116.

«не шали, а то накажу»; мы привыкаемъ къ такимъ отношеніямъ и потому всякое нарушеніе договора вызываетъ въ насъ неудовольствіе — это и есть правовое чувство[1]).—Признать теорію Штрикера правильной мы конечно не можемъ, она противорѣчитъ фактамъ. Обычное право очень часто возникаетъ незамѣтно (naturwüchsig) изъ нормъ нравственности и изъ простыхъ обычаевъ; законъ создается вовсе не договоромъ, а велѣніемъ государственной власти; договорная же теорія государства давно уже отвергнута наукой. Но если мы посмотримъ на теорію Штрикера какъ на попытку изобразить частный случай возникновенія права, именно образованіе обычнаго права путемъ казуальнаго творчества, то мы должны будемъ признать, что онъ до извѣстной степени правъ: дѣйствительно нормы обычнаго права могутъ между прочимъ вырабатываться борьбою интересовъ между членами даннаго общества, возникая и развиваясь въ такихъ случаяхъ изъ первичныхъ договоровъ и, о чемъ Штрикеръ не упоминаетъ, изъ первичныхъ судебныхъ рѣшеній.

Иммануилъ Беккеръ въ 1886 году между прочимъ указывалъ нѣкоторые недостатки теоріи исторической школы. Напримѣръ, ученіе о происхожденіи права изъ народнаго убѣжденія состоитъ у Савиньи въ голословномъ утвержденіи, что это такъ; онъ принимаетъ и заставляетъ читателя принять это положеніе на вѣру. Неправильно также сравненіе происхожденія и развитія права съ произрастаніемъ растенія изъ зерна, причемъ людямъ науки приписывается лишь роль подготовительная, состоящая какъ бы въ расчисткѣ и подготовкѣ почвы; историческая школа очевидно упустила изъ вида такія личности какъ Солонъ, Аппій Клавдій, Сальвій Юліанъ, Шварценбергъ, Суарецъ, и не обратила должнаго вниманія на то, что они

---

[1]) O. c., S.S. 62—63.

сдѣлали для развитія права [1]). Затѣмъ Беккеръ указываетъ на нерѣдкое примѣненіе учеными исторической школы апріористическаго способа разсужденій, унаслѣдованнаго отъ школы естественнаго права, и наконецъ обращаетъ вниманіе, что хотя уже Савиньи видѣлъ вредъ отдѣленія теоріи отъ практики, тѣмъ не менѣе именно его сторонникамъ за послѣдніе 15 лѣтъ мы обязаны особенно рѣзкой формой этого отдѣленія [2]).

Въ одномъ изъ новѣйшихъ сочиненій Беккеръ высказываетъ свое полное согласіе съ Іерингомъ относительно великаго значенія сознательной дѣятельности людей въ дѣлѣ правообразованія [3]), но оговаривается, что первые зачатки права образуются скорѣе инстинктивно, чѣмъ изъ сознательной цѣлесообразной дѣятельности [4]); впрочемъ, какъ мы имѣли случай убѣдиться выше, это нисколько не противорѣчитъ идеямъ Іеринга.

Кюнастъ обращаетъ вниманіе на объективированіе народнаго духа многими учеными исторической школы. [5]) Карлъ Гареисъ опредѣляетъ право съ Іеринговской точки зрѣнія какъ общественный порядокъ, имѣющій цѣлью охрану интересовъ, прибавляя къ этому однако мысль, заимствованную у волевой теоріи—именно, что охрана интересовъ правомъ совершается путемъ разграниченія воль [6]). Но впрочемъ онъ самъ оговаривается, что разграниченіе и охраненіе сферъ свободнаго проявленія воли отдѣльныхъ индивидуумовъ есть

---

[1]) Immanuel Rekker, Ueber den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule, 1886, S. 14. Тоже повторяетъ Беккеръ въ Ernst und Scherz.

[2]) Ueber den Streit.... S.S. 18; 20.

[3]) Ernst Immanuel Bekker, Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft 1892, S.S. 48 -49, 61.

[4]) O. c., S. 52.

[5]) L. Kühnast, Kritik moderner Rechtsphilosophic, 1887, S.S. 6—7.

[6]) Carl Gareis, Eucyclopaedie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 1887, S. 5.

лишь средство для достиженія настоящей цѣли права—охраны интересовъ [1]). Очевидно Гареисъ забылъ главное возраженіе противъ волевой теоріи, состоящее въ указаніи, что опредѣленіе права какъ охраны или разграниченія воль не объясняетъ, почему признаются права и за безвольными субъектами? Разъ за ними признаются права и охраняются, то изъ этого слѣдуетъ, что не всегда права охраняются путемъ разграниченія воль и что слѣдовательно теорія Гареиса односторонння, не объясняетъ всѣхъ случаевъ, объясненію подлежащихъ. Въ дальнѣйшемъ изложеніи Гареисъ согласно Іерингу называетъ принужденіе необходимымъ, существеннымъ признакомъ права [2]) и считаетъ государство источникомъ права, прямо въ законодательствѣ, или косвенно—въ обычномъ правѣ: Гареисъ сторонникъ теоріи соизволенія (Gestattungstheorie) [3]).

Рюмелинъ, о которомъ мы уже имѣли случай упомянуть, помѣстилъ въ 1888 году въ одномъ изъ нѣмецкихъ юридическихъ журналовъ довольно обширную статью объ обычномъ правѣ. Статья эта въ значительной мѣрѣ посвящена полемикѣ противъ извѣстной уже намъ теоріи обычнаго права Циттельмана, но мы конечно воспроизводить эту полемику не будемъ, а коснемся статьи Рюмелина лишь постольку, поскольку въ ней высказываются его собственныя воззрѣнія. Рюмелинъ правильно указываетъ, что изъ одного фактическаго, хотя бы и долговременнаго, примѣненія данной нормы не можетъ возникнуть ея обязательность. Для того, чтобы человѣкъ почувствовалъ себя связаннымъ данной нормой, не достаточно одного примѣненія этой нормы, нужно еще что-то

---

[1]) O. c., S. 16.

[2]) O. c., S. 19; хотя на стр. 14 онъ высказываетъ противоположную мысль, что принужденіе не есть существенный моментъ въ понятіи права.

[3]) O. c., S. 42.

иное, какой то внутренній психическій элементъ[1]). Этотъ внутренній элементъ представляется намъ въ видѣ довольно сложныхъ психическихъ процессовъ. Люди нуждаются въ урегулированіи своихъ жизненныхъ отношеній; этой цѣли они удовлетворяютъ частью непосредственно создавая желательныя нормы, частію обращаясь къ судьямъ за рѣшеніемъ спорныхъ вопросовъ права. Въ такихъ случаяхъ судьямъ нерѣдко, въ особенности на раннихъ ступеняхъ культуры, приходится создавать нормы права актомъ выраженія своей воли. Есть характеры твердые и рѣшительные, которые не останавливаются передъ этой серьезной и отвѣтственной задачей и стараются по мѣрѣ силъ разрѣшить ее; но большинство предпочитаетъ укрыться за чужимъ авторитетомъ и сложить отвѣтственность на другихъ [2]). Вслѣдствіе подобныхъ побужденій среди судей; вслѣдствіе того что стороны охотнѣе повинуются рѣшеніямъ, основывающимся на какомъ нибудь авторитетѣ, въ особенности при ссылкѣ на священные обычаи отцовъ, чѣмъ прямому изъявленію индивидуальной воли судьи; вслѣдствіе склонности людей вообще къ установленію единообразнаго порядка въ жизни—извѣстныя нормы начинають примѣняться постоянно и единообразно и имъ приписывается характеръ необходимости, дѣлающій ихъ правовыми нормами, нормами обычнаго права[3]).—Съ этимъ освѣщеніемъ психологической стороны образованія обычнаго права можно только согласиться; но при этомъ должно сказать, что оно объясняетъ лишь одинъ способъ образованія обычнаго права—изъ первичнаго судебнаго рѣшенія; а о роли первичной сдѣлки и о постепенномъ возникновеніи нормъ обычнаго права изъ обычаевъ, равно какъ о борьбѣ за право—Рюмелинъ совсѣмъ и не упоминаетъ,

---

[1]) Rümelin, Das Gewohnheitsrecht, Jahrbücher für die Dogmatik, XXVII Bd. (N. F. XV Bd., 1888), S.S. 164, 170—171, 172, 178, 183, 184, 193.
[2]) O. c., S.S. 179. 180.
[3]) O. c., S.S. 180, 181, 182.

какъ будто этихъ способовъ правообразованія вовсе не существуетъ.

Нѣсколько дѣльныхъ замѣчаній по поводу теоріи исторической школы даетъ Іосифъ Шейнъ. Онъ обращаетъ вниманіе на невозможность согласовать теорію исторической школы о происхожденіи новыхъ нормъ права путемъ незамѣтныхъ постепенныхъ измѣненій дѣйствующихъ нормъ—съ фактами созданія новыхъ нормъ для новыхъ, неизвѣстныхъ въ древности институтовъ, напримѣръ желѣзнодорожнаго права, вексельнаго, для регулированія бумажно-денежнаго обращенія и т. п.[1]). Но собственная теорія Шейна не выдерживаетъ никакой, даже самой поверхностной критики—онъ заявляетъ, что право есть совокупность нормъ для дѣятельности государства [2]); такъ нормы уголовнаго права, согласно Биндингу, онъ правильно называетъ нормами для дѣятельности государства [3]); но когда онъ говоритъ тоже о нормахъ частнаго права, именно что нормы частнаго права являются нормами для дѣятельности судей [4]), то это явно невѣрно, такъ какъ нормы гражданскаго права примѣняются конечно лишь въ видѣ исключенія по суду, а обыкновенно безъ суда исполняются гражданами добровольно. Рудольфъ Штаммлеръ доказываетъ несостоятельность теоріи исторической школы, обращая вниманіе на то обстоятельство, что не всѣ вопросы, касающіеся общей теоріи права, могутъ быть ею удовлетворительно разрѣшены. Таковы именно слѣдующіе два вопроса—1) Должно-ли было право непремѣнно быть такимъ, каково оно есть? 2) Какъ

---

[1]) Joseph Schein, Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, 1889, S.S. 53, 146, 148, 149.
[2]) O. c., S. 5.
[3]) O. c., S. 8.
[4]) O. c., S.S. 7, 77, 78.

можетъ возникнуть право изъ правонарушенія? [1]) Чтобы рѣшить первый вопросъ мы должны, говоритъ Штаммлеръ, отрѣшиться отъ методы исторической школы, которая преклоняется передъ существующимъ правомъ, считая его продуктомъ творческой силы народнаго духа, у котораго ученымъ и законодателямъ остается лишь заимствоваться и учиться. Критика существующаго порядка немыслима безъ употребленія инаго масштаба, чѣмъ масштабъ эмпирическаго изслѣдованія, прилагаемый исторической школой [2]). По второму вопросу Штаммлеръ указываетъ на мнѣніе сторонниковъ исторической школы (напр. Бринца), что право само себя опредѣляетъ, что всякое измѣненіе существующихъ нормъ должно быть предусмотрѣно и установлено правовыми же нормами. Между тѣмъ, говоритъ Штаммлеръ, исторія учитъ насъ, что право можетъ возникать даже въ формѣ правонарушенія [3]). Ни на тотъ ни на другой вопросъ, слѣдовательно, теорія исторической школы отвѣта не даетъ.

За послѣдніе пять-шесть лѣтъ реакція противъ ошибочныхъ сторонъ теоріи исторической школы принимаетъ все болѣе и болѣе широкіе размѣры, равно какъ и положительная сторона ученія Іеринга о правѣ пріобрѣтаетъ многочисленныхъ и убѣжденныхъ сторонниковъ. Въ 1891 году Рейнгардъ Франкъ указываетъ на ошибочное пониманіе исторической школой процесса развитія права, какъ аналогичнаго языку, тихаго и таинственнаго, и присоединяется къ ученію Іеринга о борьбѣ за право [4]). Отмѣчая нѣкоторые другіе не-

---

[1]) R. Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtsschule (въ Festgabe Windscheids), 1889, S. 12: „Ob dasjenige, was Recht ist, auch Recht sein sollte?“ „Wie es möglich ist, das aus Rechtsbruch wieder Recht entstehen kann?“

[2]) O. c , S.S. 15, 20, 26—27.

[3]) O. c., S. 48.

[4]) R. Frank, Naturrecht, geschichtliches Recht und sociales Recht, 1891, S. 25.

достатки теоріи исторической школы, Франкъ обращаетъ особое вниманіе на ея *неисторичность*, состоящую въ томъ, что ученые исторической школы слишкомъ увлеклись исторіей стараго права и совершенно не разработали исторію права новыхъ вѣковъ, въ особенности XVIII столѣтія [1]).

Карлъ Бергбомъ въ 1892 году издалъ большую книгу «Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Band I,» посвященную критикѣ теоріи естественнаго права. Онъ даетъ прекрасное изображеніе историческихъ причинъ возникновенія этой теоріи, разбираетъ ея недостатки и указываетъ, что даже въ настоящее время есть много приверженцевъ теоріи естественнаго права, причемъ, какъ кажется, слишкомъ уже увлекается, выслѣживая остатки естественно-правовыхъ ученій даже тамъ, гдѣ едвали они на самомъ дѣлѣ есть. Къ сторонникамъ естественнаго права онъ причисляетъ не только всѣхъ тѣхъ писателей, которые считаютъ разумъ источникомъ права или признаютъ существованіе универсальнаго права;[2]) онъ видитъ идею естественнаго права во всѣхъ ссылкахъ на правовое сознаніе и правовое чувство[3]) и даже Поста обвиняетъ въ тайной приверженности къ идеѣ естественнаго права.[4]) Между прочимъ онъ критикуетъ и теорію исторической школы, указывая, что идеи о народномъ духѣ, народномъ убѣжденіи и народной волѣ унаслѣдованы ею отъ школы естественнаго права; что даже самое понятіе народа нуждается въ объясненіи, такъ какъ это понятіе сложное; если-же принять народъ какъ нѣчто данное, то онъ явится какимъ то мистическимъ существомъ, съ которымъ истинной наукѣ нечего дѣлать. [5]) Далѣе Бергбомъ обращаетъ

---

[1]) O. c., S.S. 26–27.

[2]) K. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. I, S.S. 248, 250, 286.

[3]) O. c., S.S. 300–301.

[4]) O. c., S. 306, Anm. [36]).

[5]) O. c., S.S. 490, 492, 493, 517–518.

вниманіе на противорѣчіе, въ которое впадаетъ историческая школа въ вопросѣ о рецепціи римскаго права въ Германіи. Римское право было реципировано, это признаютъ ученые исторической школы; и въ тоже время они заявляютъ, что право всегда есть продуктъ народнаго духа.[1])—Бергбомъ утверждаетъ, что никакія идеи, мнѣнія и убѣжденія не могутъ создать права, такъ какъ право есть фактъ (etwas geschehendes), что право создается фактически, дѣломъ (in der That)[2]), однако ка̀къ это происходитъ въ дѣйствительности—не говоритъ. Онъ заявляетъ, что право создается компетентной правообразующей властью въ опредѣленномъ порядкѣ,[3]) такъ что можно бы подумать, что онъ имѣетъ въ виду законодательную власть и присоединяется къ теоріи Іеринга; но къ сожалѣнію онъ въ подробности не входитъ и говоритъ, что рѣшеніе вопроса о происхожденіи права есть великая задача для будущаго.[4])

Критика исторической школы не ограничивается указаніями на ошибки этой послѣдней въ области чисто теоретическихъ разужденій о существѣ и происхожденіи права; вниманіе критики обращено и на другой не менѣе серьезный вопросъ—о развитіи права въ настоящее время, т. е. о законодательствѣ и кодификаціи. Франкъ въ только-что указанной книгѣ говоритъ, что если хорошенько разсмотрѣть теорію Савиньи, то окажется, что призваніе къ законодательству отвергнуто имъ не только для его времени, но вообще для всякой эпохи. Юліусъ Офнеръ признаетъ, что упрекъ, брошенный Кирхманомъ еще въ 1848 году юриспруденціи за ограниченіе предмета ея изученія исключительно толкованіемъ законовъ

---

[1]) O. c., S.S. 99, 519.

[2]) O. c., S.S. 544—545, 546.

[3]) O. c., S. 549: „.....eine kompetente rechtbildende Macht durch einen geeigneten, äusserlich erkennbaren Vorgang....“

[4]) O. c., S.S. 25, 549, 552.

и ученіемъ о ихъ примѣненіи, можетъ считаться въ значительной мѣрѣ справедливымъ и въ настоящее время. Современная юриспруденція отклоняетъ отъ себя всякое изслѣдованіе общихъ началъ права и клеймитъ всѣ такія попытки упрекомъ въ слѣдованіи принципамъ теоріи естественнаго права.[1]) Между тѣмъ вѣдь право есть общественный порядокъ и вопросъ о томъ, ка́къ долженъ быть этотъ порядокъ организованъ наилучшимъ образомъ, есть вопросъ первостепенной важности. Въ спорѣ между теоріей естественнаго права и исторической школой оба направленія впали въ одну и туже ошибку, полагая будто образованіе права не зависитъ отъ воли человѣка. Теорія естественнаго права полагала, что право создается путемъ логическихъ умозаключеній; историческая школа учила, что право есть непосредственный продуктъ дѣятельности народнаго духа, истекающій изъ него, какъ вода изъ источника. Между тѣмъ право не есть логическое умозаключеніе, а является продуктомъ человѣческой дѣятельности, направленной къ достиженію извѣстныхъ цѣлей.[2]) Юриспруденція есть искуство, отдѣлъ соціальной техники или, иначе сказать, соціальной политики. Для юриста не достаточно быть знатокомъ законодательства, онъ долженъ знать современную ему жизнь и умѣть регулировать жизненныя отношенія сообразно интересамъ населенія.[3]) Другой новѣйшій писатель, Мейли, стоитъ на той же точкѣ зрѣнія. Кодификація есть отраженіе современности; ее можно сравнить съ моментальнымъ фотографическимъ снимкомъ.[4]) Каждое законодательство являетъ намъ картину соціальныхъ отношеній своего времени.[5]) А такъ какъ въ современной жизни воз-

---

[1]) Julius Ofner, Studien socialer Jurisprudenz, 1893, S. 4.

[2]) O. c., S. 31—32.

[3]) O. c., S. 13

[4]) Dr. F. Meili, Die Gesetzgebung und das Rechtsstudium der Neuzeit, 1894, S. 18.

[5]) O. c., S. 37.

никла громадная масса новыхъ отношеній, ранѣе того совершенно неизвѣстныхъ, то появились и совершенно новые отдѣлы въ законодательствѣ, не имѣющіе для себя прообраза въ древнемъ правѣ.[1]) Конечно современная жизнь во всякомъ случаѣ есть результатъ долгаго развитія и въ этомъ смыслѣ мы, такъ сказать, стоимъ на плечахъ прошедшаго. Но мы не должны забывать, что и для насъ есть серьезныя задачи, требующія разрѣшенія, и что потомки наши вправѣ будутъ спросить насъ — что же мы съ своей стороны сдѣлали для будущаго?[2]) Эрнстъ Нейкампъ, указывая на громадное значеніе современныхъ успѣховъ естествознанія для науки вообще, обращаетъ вниманіе на то, что великія идеи развитія и эволюціи, такъ плодотворно отразившіяся въ областя другихъ наукъ, почти не оказали вліянія на науку права[3]). Между тѣмъ само собою разумѣется, что вѣрное пониманіе правовыхъ явленій возможно лишь на почвѣ изученія права въ его постепенномъ развитіи и въ его взаимоотношеніи съ другими явленіями народной культуры.[4]) Идея развитія права должна считаться основной идеей исторической школы, она высказана уже Савиньи, но по странной непослѣдовательности ученые исторической школы оставляютъ совершенно въ сторонѣ вопросъ о томъ, какъ должно итти дальнѣйшее развитіе современнаго права.[5]) Объяснить эту непослѣдовательность можно лишь тѣмъ соображеніемъ, что въ своей полемикѣ противъ теоріи естественнаго права историческая школа всякую мысль о намѣренномъ установленіи нормъ права отклоняла отъ себя какъ исчадіе естественнаго права.[6])

---

1) O. c., S. 27, 37.

2) O. c., S. 66—67.

3) E. Neukamp, Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts, 1895, S. XII.

4) O. c., S. IX.

5) O. c., S.S. 27, 43.

6) O. c., S.S. 56, 64.

Историческая школа, говоритъ Антонъ Менгеръ, углубилась въ изученіе классической римской юриспруденціи и безъ должной критики подчинилась ея авторитету. Огромныя перемѣны въ политическомъ и хозяйственномъ строѣ жизни, имѣвшія мѣсто въ XIX столѣтіи, ничѣмъ не отразились на необозримой литературѣ исторической школы, она отстала отъ жизни. [1]) И когда ученымъ исторической школы пришлось заняться составленіемъ новаго кодекса, именно обще-германскаго гражданскаго уложенія, всѣ недостатки этой школы сказались: содержаніе составленнаго ими проэкта почти цѣликомъ заимствовано изъ области римскаго права, они оказались не на высотѣ своего призванія, такъ какъ законодатель, который желаетъ пробить новые пути, долженъ быть прежде всего оригиналенъ, т. е. не историченъ! [2]) Всякій правовой порядокъ представляетъ собою систему живыхъ силъ, развившуюся съ историческимъ развитіемъ жизни народа. Когда реальныя отношенія измѣняются, тогда должны измѣняться и нормы, ихъ регулирующія. Задача науки права—наблюдать эти измѣненія соціальныхъ отношеній и согласовать дѣйствующее право съ измѣняющимися потребностями времени. [3])

По поводу этой брошюры Антона Менгера Колеръ напечаталъ статью, въ которой оправдываетъ нѣмецкую юриспруденцію, говоритъ съ одной стороны, что изученіе римскаго права необходимо, такъ какъ римскіе юристы должны служить намъ образцомъ замѣчательной юридической техники; указываетъ съ другой стороны, что прогрессивныя теченія въ нѣмецкой юриспруденціи достаточно сильны, чтобы не опасаться за будущее. Но въ то же время онъ согла-

---

[1]) Anton Menger, Ueber die socialen Aufgaben der Rechtswissenschaft, 1895, S S. 14—15.

[2]) O. c., S. 18.

[3]) O. c., S S. 19—20.

шается, что дѣйствительно историческая школа долгое время оказывалась неспособной слѣдить за вѣкомъ и что многіе сторонники ея отвергали всякую мысль о lex ferenda и противились этому всѣми мѣрами.[1])

Къ числу сторонниковъ Іеринга долженъ быть отнесенъ Оппенгеймъ, который посвятилъ небольшое сочиненіе вопросу о справедливости и высказалъ взглядъ, что справедливость есть ничто иное какъ основной принципъ современности — равенство — смягченный сообразно требованіямъ цѣлесобразности.[2])

Очень полно и всесторонне изложена критика теоріи исторической школы у Зейца. Карлъ Іосифъ Зейцъ горячо настаиваетъ на необходимости сближенія теоріи и практики, между которыми въ настоящее время замѣчается глубокая рознь. Отношеніе теоріи къ практикѣ можетъ быть трояко: положительное, практическое, право можетъ существовать безъ наличности какой либо общей теоріи — такъ бываетъ въ первое время развитія всякаго права; теорія и практика, жизнь и наука, могутъ сливаться воедино — такъ было въ періодѣ расцвѣта римской классической юриспруденціи; наконецъ, теорія можетъ существовать сама по себѣ, безъ соотвѣтствія съ жизнью и практикой — таково положеніе теоріи исторической школы напримѣръ въ настоящее время. И это конечно очень вредно отзывается на теоріи, она вступаетъ на ложный путь апріоризма и дѣлается неспособной руководить жизнью.[3]) Исторически эта современная рознь между теоріей и практикой возникла уже со временъ глос-

---

[1]) J. Kohler, Die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, Zeitschr. f. pr. u. öff. Recht, 23 Bd., II Heft (1896).

[2]) L. Oppenheim, Gerechtigkeit und Gesetz, 1895, S. 13.

[3]) Karl Joseph Seitz, Die praktische Rechtsschule im Entwicklungskampfe mit den bisherigen doktrinären, historischen und Natur-Rechtsschulen, 2-te Auflage, 1895, S.S. 59, 61, 63.

саторовъ. Глосса была первою *апріористически-исторической* школой права, такъ какъ всецѣло поддалась вліянію великаго, но уже отжившаго, авторитета римскаго права.[1]) Такое преклоненіе передъ чужимъ авторитетомъ было конечно не безпричинно; римское право обладало огромными преимуществами—замѣчательною полнотой, стройностью системы и разработанностью техники юридической конструкціи—которыми были заслонены его значительные матеріальные недостатки, именно его устарѣлость во многихъ частяхъ и потому непригодность для практики.[2]) Въ слѣдующемъ періодѣ исторіи права постглоссаторы, какъ извѣстно, начали «глоссировать глоссу»! стали её дополнять и исправлять (adjuvare, supplere, corrigere), нѣсколько сближая теорію съ практикой. Позднѣе, въ Германіи, въ университетскомъ преподаваніи вновь было теоретически возстановлено чистое классическое римское право—и практика вновь, и окончательно, отдѣлилась отъ теоріи. [3]) Противъ слѣпаго преклоненія передъ отжившимъ римскимъ правомъ возникла чисто теоретическая реакція въ видѣ теоріи естественнаго права. Несмотря на свой апріоризмъ, на отсутствіе практическаго обоснованія, теорія естественнаго права сослужила хорошую службу не только наукѣ права, но даже европейской цивилизаціи вообще. Благодаря этой теоріи были проведены многія реформы въ области гражданскаго права въ XVI вѣкѣ; въ уголовномъ правѣ также; обновляющему вліянію естественнаго права въ значительной степени обязано человѣчество тѣмъ, что исчезли преслѣдованія, пытки и казни за колдовство и еретичество; тѣмъ что своевременно были сброшены оковы освященнаго вѣковыми традиціями рабства. [4]) Немалую услугу

---

[1]) O. c., S.S. 67, 99, 259.
[2]) O. c., S.S. 68, 69, 71.
[3]) O. c., S.S. 259—260.
[4]) O. c., S.S. 101, 528, 589.

оказала теорія естественнаго права и въ области философіи права, такъ какъ она отводитъ должную роль разуму въ дѣлѣ приспособленія правоваго порядка къ потребностямъ жизни.[1])

Но такъ какъ теорія естественнаго права имѣла серьезные недостатки - слишкомъ общеизвѣстные чтобы ихъ перечислять—то и противъ нея въ свою очередь наступила реакція въ лицѣ исторической школы права. Апріористическимъ началамъ естественнаго права она противопоставила свое основное положеніе —право есть продуктъ всей прошлой жизни народа. Ко времени возникновенія исторической школы теорія естественнаго права потерпѣла полную и очевидную неудачу на практикѣ; попытка создать новый, естественный, правовой порядокъ оказалась неудачной, стремленіе къ проведенію въ жизнь апріорныхъ принциповъ свободы, равенства и братства повело лишь къ ужасамъ французской революціи [2]); поэтому теорія исторической школы была привѣтствована какъ провозвѣстница трезвой правды противъ увлеченій опасными мечтаніями. Несомнѣнно, говоритъ Зейцъ, заслуги исторической школы громадны и, прибавимъ, общеизвѣстны; однако и недостатки ея очень велики. Прежде всего она не отдѣлалась какъ слѣдуетъ отъ апріоризма, господствовавшаго въ теоріи естественнаго права[3]); затѣмъ большой ея недостатокъ состоитъ въ предположеніи, будто римское право остается навсегда дѣйствующимъ правомъ, не смотря на измѣняющіяся жизненныя отношенія; въ томъ, что она отвернулась отъ современной практики ради практики же, но только древней, отжившей; историческая школа дѣлаетъ большую ошибку, редуцируя свой же собственный принципъ историзма къ ложному идеалу, къ стремленію застыть въ неподвижныхъ фомахъ излюбленной эпохи римской классической юриспруденціи; и не меньшую

---

[1]) O. c., S. 105.
[2]) O. c., S.S. 85, 121.
[3]) O. c., S.S. 16, 126, 284.

ошибку—воображая, будто практика есть произволъ: вѣдь любимое дѣтище исторической школы, обычное право, является именно жизненнымъ продуктомъ самаго практическаго характера [1]). И метода, и главные выводы исторической школы, говоритъ далѣе Зейцъ, несомнѣнно ложны. Какъ можетъ служить современнымъ потребностямъ романтическій, апріорно построенный идеалъ права исторической школы? Какія начала для регулированія современныхъ торговыхъ, желѣзнодорожныхъ, телеграфныхъ и т. п. дѣлъ можемъ мы почерпнуть изъ прошлаго? Что живетъ, то не можетъ быть неподвижно прикрѣплено къ прошлому [2]). Но чѣмъ же, въ такомъ случаѣ, обусловливается успѣхъ и авторитетъ теоріи исторической школы? На это есть много причинъ. Во первыхъ нѣкоторыя начала римскаго права, проведенныя ею въ жизнь, оказались въ высшей степени цѣлесообразными, ибо многія жизненыя отношенія не измѣнились сколько нибудь замѣтно. Затѣмъ въ самой теоріи исторической школы есть много достоинствъ, въ увлеченіи которыми недостатки ея были упущены изъ вида. Но большую роль сыграли и чисто внѣшнія обстоятельства—съ одной стороны паника, вызванная французской революціей, заставила видѣть въ реакціи противъ теоріи естественнаго права чуть не единственное средство спасенія отъ ужасовъ анархіи и терроризма; съ другой стороны историческая школа не брезгала никакими средствами, чтобы обезпечить себѣ успѣхъ—захватила въ свои руки всю повременную юридическую литературу и образовала свою партію или «клику», какъ говоритъ Зейцъ, доставляя своимъ сторонникамъ ученыя степени, должности, мѣста и т. п. [3]). Бла-

---

[1]) O. c., S.S. 269, 272, 274, 282, 283, 284.

[2]) O. c., S.S 127—128. Масса примѣровъ на стр. 191—192 и 194—206.

[3]) O. c., S.S. 121, 333—134, 284, 292, 293, 294. Послѣднее обвиненіе вызвано очевидно какими нибудь личными непріятностями автора съ кѣмъ либо изъ ученыхъ исторической школы, такъ какъ эта школа стоитъ конечно выше всякихъ подобныхъ подозрѣній и огромный успѣхъ ея слишкомъ хорошо объясняется ея великими заслугами.

годаря вышеуказаннымъ недостаткамъ теоріи исторической школы, вслѣдствіе отчужденія теоріи отъ практики, пострадала не только теорія, ставшая односторонней и апріорной, но и практика, потому что *такая* теорія отталкивала отъ себя людей практики [1]). Разсужденіямъ о необходимости соединенія теоріи съ практикой и доказательствамъ возможности и даже неизбѣжности созданія особой, *практической*, школы права посвящена вся книга Зейца [2]).

Въ числѣ сторонниковъ Іеринга есть довольно обширная группа писателей, придающихъ особенное, иногда даже исключительное, значеніе элементу силы въ правѣ. Вслѣдствіе этой особенности ихъ воззрѣній мы выдѣляемъ разсмотрѣніе ихъ теорій въ особую главу.

---

[1]) O. c., S. 318.

[2]) Въ особенности стр. 2, 5, 26, 31, 61–63, 80, 127–128, 138, 141, 145, 152–154, 189–192, 353–354, 356–358, 381, 447–449 и мн. др.

Глава 10-я.

Сила и право.

Параллельно съ развитіемъ теоріи Іеринга въ послѣдовательномъ рядѣ его работъ, подъ сильнымъ вліяніемъ его идей—опредѣляется въ наукѣ права цѣлое направленіе, въ большей или меньшей степени отождествляющее право съ силой.

Уже въ шестидесятыхъ годахъ Харумъ, какъ мы имѣли случай убѣдиться, выставилъ эту точку зрѣнія; начиная же съ семидесятыхъ годовъ это направленіе получаетъ довольно значительное развитіе. Стинцингъ говоритъ, что субъективное право сплошь и рядомъ создается силою, напримѣръ при завладѣніи безхозяйной вещью, при пріобрѣтеніи права собственности по давности и т. п.; [1]) равнымъ образомъ мы нерѣдко замѣчаемъ подобное явленіе и въ правѣ объективномъ. Историческая школа отрицаетъ это, по ея ученію право создается незамѣтной творческой дѣятельностью народнаго духа. Въ этомъ ученіи останется навсегда истиннымъ указаніе, что право есть органическая часть жизни народа, вѣтвь его исторически слагающейся культуры, въ значительной мѣрѣ свободная отъ вліянія случая и произвола. [2]) Но спрашивается—всегда ли право развивается ука-

---

[1]) R. v. Stintzing, Macht und Recht, 1876, S. 6—8.

[2]) O. C., S. 8.—Здѣсь слѣдуетъ объяснить, что нѣкоторые писатели разбираемаго направленія говорятъ о силѣ и правѣ, обозначая первое понятіе словомъ Gewalt, имѣющимъ одно, и точное, значеніе—сила; дру-

заннымъ мирнымъ и незамѣтнымъ путемъ? Развѣ въ области права не дѣйствуетъ всеобщій законъ—что все существующее должно завоевать себѣ положеніе путемъ борьбы? [1]) И если даже признать происхожденіе права тихимъ и незамѣтнымъ путемъ, то все таки есть одинъ моментъ, который рѣзко отличаетъ право отъ другихъ элементовъ культуры—это моментъ принужденія. Правовыя воззрѣнія, мнѣнія, убѣжденія могутъ конечно возникать незамѣтно, какъ бы инстинктивно; но чтобы обратиться въ дѣйствующее право они должны пріобрѣсти принудительную силу. Поэтому сила есть элементъ права (Die Macht ist demnach ein Element des Rechts). [2]) Дѣйствительно, продолжаетъ Стинцингъ, уже въ обычномъ правѣ мы замѣчаемъ этотъ элементъ. Вѣдь всеобщее убѣжденіе народа, на которомъ зиждется обычное право, не предполагаетъ единогласія. Общественное мнѣніе въ лучшемъ случаѣ есть мнѣніе большинства, а часто оно бываетъ мнѣніемъ тѣхъ, кто можетъ громче другихъ заявить о себѣ. Такъ и правовое убѣжденіе есть убѣжденіе того класса народа, который пользуется наибольшимъ вліяніемъ, и лишь *раздѣляется* это убѣжденіе остальными; т. е. болѣе сильная часть населенія предписываетъ слабѣйшей. [3]) Тѣмъ не менѣе, продолжаетъ авторъ, въ области права идея идетъ впереди силы: это нормальный, необходимый порядокъ вещей. [4]) Но, оговаривается онъ сейчасъ же опять, исторія представляетъ

гіе же употребляютъ слово Macht, означающее и силу и власть, что вноситъ нѣкоторую неопредѣленность въ ихъ теоріи, такъ какъ они иногда какъ бы впадаютъ въ игру двумя значеніями одного слова—Macht. Мы будемъ переводить это слово то какъ силу, то какъ власть, стараясь какъ можно ближе передать смыслъ подлинниковъ.

[1]) O. c., S. 9; „... das Alles, was wird, seinen Platz erkämpfen muss gegen Das, was war und ist?“

[2]) O. c., S 9.

[3]) O. c., S.S. 10—11.

[4]) O. c., S. 12.

намъ въ массѣ случаевъ обратное явленіе. Преторскій эдиктъ установлялъ нормы права не будучи стѣсняемъ закономъ; часто преторъ давалъ защиту правопритязаніямъ, закономъ не покровительствуемымъ и наоборотъ отказывалъ въ защитѣ притязаніямъ, основаннымъ на законѣ. Во всякую эпоху существуетъ разница между правомъ въ томъ видѣ, какъ оно значится въ законѣ, и въ той формѣ, какъ оно примѣняется. Далѣе, право не можетъ всего предусмотрѣть, всегда въ немъ есть недостатки и пробѣлы (Mängel und Lücken); пополненіе послѣднихъ и исправленіе первыхъ достигается судебной практикой (das Recht der Praxis). Въ особенности велико въ этомъ смыслѣ значеніе судебной практики въ раніе періоды народовъ и государствъ, напримѣръ судовъ шеффеновъ въ средневѣковой Германіи. [1]) Рецепція римскаго права въ Германіи основывалась на авторитетѣ императорской власти. Доказано, что римское право никогда не было санкціонировано государственной властью въ Германіи, но съ другой стороны никто не скажетъ, что нормы римскаго права были созданы правовымъ убѣжденіемъ Германскаго народа: римское право упрочилось въ Германіи въ формѣ обычнаго права вслѣдствіе *ошибочнаго* убѣжденія, будто германскіе императоры являются преемниками римскихъ; кромѣ того надо замѣтить, что римское право проводилось въ Германіи въ жизнь классомъ юристовъ, а эти послѣдніе получали къ тому возможность, являясь органами суда, облеченными соотвѣтствующей властью. [2]) Однако во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ, когда право создается преторомъ, шеффенами, судьями — за ними стоитъ государство, власть свою заимствуютъ они отъ государственной власти, власть ихъ основывается на дѣйствующемъ правѣ. Откуда же власть у государства, создающая право? Прямаго отвѣта на это дать мы не можемъ, такъ какъ

---

[1]) O. c., S.S. 12—16.
[2]) O. c., S.S. 17—18.

безправнаго состоянія въ исторіи мы не знаемъ. Но косвенно рѣшить вопросъ мы можемъ когда при государственныхъ переворотахъ правовой порядокъ временно уничтожается, то по возстановленіи спокойствія онъ вновь создается. И создается онъ ничѣмъ инымъ, какъ силой, властью. И очень часто властью побѣдителя. Гдѣ нѣтъ права, тамъ слѣдовательно право создается властью. [1])

Но, значитъ, сила предшествуетъ праву (Macht vor Recht)? Оставимъ эти излюбленныя словечки и посмотримъ лучше— что такое эта власть, эта сила власти? отвѣчаетъ самъ себѣ Стинцингъ. [2]) Не мускулы человѣческихъ рукъ сильны, не движущій машинами паръ, а воля, которой они послушны. Власть есть господство воли надъ силой. [3]) Мы можемъ говорить о хорошей и дурной власти смотря по тому, слѣдуетъ ли воля хорошимъ или дурнымъ принципамъ, и такъ сказать сообразно тѣмъ психическимъ вліяніямъ (geistige Medien), которыя подчиняютъ силу волѣ. [4]) Какъ право, такъ и власть является продуктомъ исторіи, возникающимъ въ жизни народовъ изъ взаимодѣйствія сложныхъ причинъ. [5])

Вопросъ о взаимоотношеніи силы и права остается, такимъ образомъ, у Стинцинга открытымъ—право создается силой, а сила основывается на психическихъ вліяніяхъ, подчиняется волѣ и можетъ быть хорошей и дурной. А между тѣмъ рѣшеніе такъ близко и просто: правовой порядокъ есть результатъ взаимодѣйствія силъ, это несомнѣнно; но порядокъ этотъ въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ хорошъ, такъ какъ онъ создается естественнымъ отборомъ. Конечно, ошибки и

---

[1]) O. c., S. 23—24; „Und die Macht ist es, die es gestattet", S. 24; S. 25; „Wo kein Recht giebt, da ist die Macht berufen neues zu setzen", S 26.

[2]) O. c., S. 26.

[3]) O. c., S. 26; „Macht ist die Herrschaft des Willens ueber die Kraft", S. 26.

[4]) O. c., S. 27.

[5]) O. c., S. 32.

даже злоупотребленія—возможны и наблюдаются довольно часто, но въ общемъ и цѣломъ общества съ плохими порядками гибнутъ. Слѣдовательно самый фактъ существованія тѣхъ или иныхъ обществъ или государствъ ужѐ говоритъ въ пользу господствующихъ въ нихъ порядковъ. Не потому данная норма есть норма права, что её хочетъ большинство (въ обычномъ правѣ) или государственная власть (законъ); а потому она желанна, что она хороша. Само собою разумѣется, что государственная власть можетъ установить какую угодно норму и все, чего государственная власть хочетъ, будетъ правомъ; но хочетъ государственная власть полезнаго и хорошаго. Государство съ дурнымъ управленіемъ погибаетъ и ужѐ одинъ фактъ существованія и развитія даннаго государства есть неоспоримый аргументъ въ пользу относительной цѣлесообразности и относительно-хорошаго качества его законовъ и доказательство того, что его правительство стоитъ на высотѣ призванія.

Вотъ ставъ на эту точку зрѣнія, понимая подъ силой —силу государственной власти, мы уже не затруднимся сказать, что сила создаетъ право—ибо что же такое весь міръ, какъ не комбинація различныхъ силъ? И развѣ соціальный міръ составляетъ исключеніе? Но вопросъ о томъ хорошо ли или дурно то, что право создается силой—является вопросомъ празднымъ, такъ какъ фактъ, безусловно необходимый, не можетъ быть ни дуренъ, ни хорошъ.

На нѣсколько иной, хотя и близкой къ Стинцинговой, точкѣ зрѣнія стоитъ Августъ Штурмъ. Изданную въ 1877 году книгу «Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit» этотъ авторъ начинаетъ критикой исторической школы, указывая, что воззрѣнія этой школы, будто право есть продуктъ непосредственнаго народнаго убѣжденія, будто формы или источники права—законъ и обычай—только средства познанія права (Erkenntnissmittel), будто право происходитъ безъ борьбы тихо и незамѣтно—что такія воззрѣнія рѣшитель-

нѣйшимъ образомъ противорѣчатъ дѣйствительности. Кто можетъ познать этотъ народный духъ и что сталось бы съ законодательствомъ, если бы предоставлено было субъективному усмотрѣнію каждаго примѣнять или не примѣнять законъ? Стоитъ только обратить вниманіе на основывающееся на обычаѣ примѣненіе чужаго права въ Германіи, чтобы поставить внѣ сомнѣнія возможность образованія обычнаго права вопреки народнаго убѣжденія, помимо проявленія дѣятельности народнаго духа [1]) Самъ Штурмъ горячо отрицаетъ всякое значеніе народнаго убѣжденія для образованія права. Всякое убѣжденіе есть субъективное понятіе и именно вслѣдствіе своей субъективности не можетъ создать права. Какъ бы сильно ни было субъективное убѣжденіе, никогда изъ него не возникнетъ объективное могущество права. Такъ называемое opinio necessitatis не есть убѣжденіе, а чувство подчиненности (das Gefühl des Gebundenseins) существующему порядку, почему этотъ фактическій порядокъ и становится правовымъ. Эта сила объективирующагося праваго порядка и есть основа обычнаго права [2]) При образованіи обычнаго права первоначально сознательное и произвольное повтореніе одного и того же образа дѣйствій превращается постепенно въ безсознательное и невольное и такимъ образомъ съ теченіемъ времени люди начинаютъ чувствовать себя какъ бы связанными необходимостью поступать въ опредѣленныхъ случаяхъ именно такъ, а не иначе; такимъ образомъ фактическій порядокъ взаимоотношеній въ обществѣ превращается въ правовой и становится возможнымъ изъ этихъ взаимоотношеній абстрагировать извѣстныя нормы, которыя и называются нормами обычнаго права. Въ обществѣ наблюдается

---

[1]) A. Sturm, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit S.S. 2—3.

[2]) O. c., S. 6.

борьба интересовъ; [1]) эта борьба интересовъ продолжается до тѣхъ поръ, пока силою временъ не создатся извѣстный фактическій порядокъ; изъ этого фактическаго порядка при его твердости и неизмѣнности и развивается чувство связанности, нѣкая идеальная сила, придающая характеръ необходимости нормамъ этого фактическаго порядка. Какъ только явится это чувство необходимости—мы имѣемъ налицо обычное право. [2]) Изъ этого мы видимъ, что Штурмъ долженъ быть причисленъ къ ученымъ, выводящимъ право изъ силы, такъ какъ онъ прямо опредѣляетъ право какъ результатъ борьбы интересовъ: въ какихъ фактахъ выразится результатъ этой борьбы, какія нормы общественныхъ взаимоотношеній сложатся въ этой фактической борьбѣ—таково и будетъ право. О законѣ же онъ прямо говоритъ, что издавать законъ можетъ лишь тотъ, кто можетъ принудить къ повиновенію. [3])

Хотя Штурмъ нерѣдко самъ себѣ противорѣчитъ, выставляетъ въ числѣ признаковъ обычнаго права opinio necessitatis, [4]) говоритъ, что фактическій порядокъ (Uebung) самъ по себѣ не создаетъ права, [5]) но это все является слѣдствіемъ неустойчивости его воззрѣній вообще, основная же точка зрѣнія его ясна и несомнѣнна. Неустойчивость воззрѣній Штурма такова, что въ другой книгѣ, изданной черезъ шесть лѣтъ послѣ разобранной нами, онъ отрекается отъ основной точки зрѣнія этой первой книги. Критика Брандиса, говоритъ онъ, убѣдила меня и я признаю теперь, что одного принужденія для понятія закона недостаточно, равно какъ обычное право зиждется не на одномъ фактическомъ примѣ-

---

[1]) Именно—принципъ пользы, вліяніе класса юристовъ, предразсудки, сила инерціи; o. c., S. 15

[2]) O., c., S. 14.

[3]) O. c., S. 12.

[4]) O. c., S. 18.

[5]) O. c., S. 14.

неніи данныхъ нормъ; и для закона и для обычнаго права источникомъ является нравственная потребность общенія (der sittliche Geselligkeitstrieb). [1]) Въ частности при возникновеніи обычнаго права рѣшающую роль играетъ народное убѣжденіе, и именно убѣжденіе въ томъ, что данная норма *есть* норма права (Recht sei). [2]) Въ слѣдующей книгѣ, «Gewohnheitsrecht und Irrthum» Штурмъ опять становится, и на этотъ разъ безъ объясненій, на прежнюю точку зрѣнія. Общей воли, общаго убѣжденія, говоритъ онъ, не можетъ быть. Ссылаясь на Циттельмана, онъ спрашиваетъ—гдѣ *общіе* мозгъ о нервы, создающіе *общее* убѣжденіе и волю? [3]) Право возникаетъ въ борьбѣ за существованіе или вѣрнѣе среди жизненной дѣятельности, такъ какъ жизнь есть ничто иное какъ дѣятельность. [4])

Извѣстный Адольфъ Меркель также не разъ высказывалъ убѣжденіе, что сила есть необходимый элементъ понятія права. Въ одной статьѣ по поводу книги Тона «Rechtsnorm und subjectives Recht» Меркель между прочимъ говоритъ, что понятіе права заключаетъ въ себѣ элементъ силы, что велѣнія сами по себѣ, какъ таковыя, не составляютъ права. Императивная форма предписаній свойственна нормамъ и морали и религіи. Не является особенностью права и то обстоятельство, что нормы права охраняютъ человѣческіе интересы (die Förderung menschlichen Interessen bezwecken). [5]) Особенно рѣзко это воззрѣніе на право какъ на силу Меркель высказалъ въ другой журнальной статьѣ, спеціально посвященной этому вопросу. Элементъ силы, говоритъ онъ тутъ,

---

[1]) A. Sturm, Recht und Rechtsquellen, 1883, S. 26.
[2]) O. c., S. 47.
[3]) Sturm, Gewohnheitsrecht und Irrthum, 1884, S. 23.
[4]) O. c., S. 31.
[5]) Dr. A. Merkel, Rechtsnorm und subjectives Recht. Zeitschr. f. pr. u. öff. Recht, 6-er Bd. (1879), S. 337.

является существеннымъ признакомъ всякаго права; само право есть видъ силы, которой присущи извѣстныя высшія свойства. [1]) Это рѣзко бросается въ глаза, если мы взглянемъ на нѣкоторыя особенности происхожденія права. Въ качествѣ одного изъ первыхъ элементовъ, изъ которыхъ слагается право, мы встрѣчаемъ широко распространенное явленіе самопомощи—споръ за право нерѣдко разрѣшается физической силой спорящихъ сторонъ. [2]) Съ прогрессомъ культуры элементы силы постепенно сосредоточиваются тамъ, откуда должны исходить нейтральныя рѣшенія и постановленія; сила спорящихъ сторонъ замѣняется такой высшей силой [3]). Послѣдствіемъ этого обстоятельства является уменьшеніе противоположности между сильнымъ и слабымъ; наоборотъ—объективное право, какъ высшая нелицепріятная сила, получаетъ даже возможность защищать слабаго противъ сильнаго. [4]) И такимъ образомъ вмѣсто хаотической борьбы отдѣльныхъ разнообразныхъ воль и силъ въ обществѣ получается регулирующее единообразіе предписаній одной высшей воли [5]). До сихъ поръ, говоритъ въ заключеніе Меркель, это обстоятельство отзывалось благопріятно на ходѣ исторіи— и мы вправѣ того же ожидать отъ будущаго. [6])

Въ другихъ сочиненіяхъ Меркель стоитъ приблизительно на той же точкѣ зрѣнія. Въ своей Юридической Энциклопедіи онъ говоритъ, что право есть средство для достиженія опредѣленной цѣли, именно оно служитъ установленію мирнаго

---

[1]) A. Merkel, Recht und Macht, Jahrb. f. Gesetzgeb., Verwalt., und Volkswirtsch., 5-er Jahrg. (1881), S. 4.

[2]) O. c., S. 7.

[3]) O. c., S.S. 11—12.

[4]) O. c., S. 12.

[5]) O. c., S.S. 23—24.

[6]) O. c., S. 25.

порядка въ общежитіи и тѣмъ самымъ служитъ интересамъ людей, живущихъ въ такомъ упорядоченномъ общеніи. [1]) Въ правѣ отличаются двѣ стороны — наставленіе и принудительная сила. [2]) Во второмъ отношеніи, какъ сила, право есть выраженіе воли—или одного человѣка (законы въ монархіи), или опредѣленнаго большинства (законы въ конституціонныхъ государствахъ). или неопредѣленнаго множества (обычное право). [3]) При этомъ принудительная сила, присущая праву, имѣетъ двоякій характеръ — съ одной стороны оно обладаетъ нравственной, внутренней принудительной силой (ethische Macht); съ другой стороны - матеріальная сила есть также существенный признакъ права: въ случаѣ нарушеній права оно принудительно осуществяется или наступаютъ невыгодныя послѣдствія для нарушителя. [4]) Въ Энциклопедіи Гольцендорфа Меркель въ общихъ чертахъ повторяетъ тоже самое. Право есть органъ общественныхъ интересовъ; [5]) въ немъ отличаются двѣ стороны—правовая мысль (Rechtsgedanke) и правовая воля (Rechtswille); предписанія права (Rechtsbestimmungen) суть ничто иное какъ изъявленія правообразующей воли; праву свойственно психическое и механическое принужденіе; но если бы примѣненіе силы стало излишнимъ вслѣдствіе всеобщаго добровольнаго повиновенія нормамъ права, то отъ того эти нормы не перестали бы быть правомъ, такъ какъ очевидно внѣшняя принудительность присуща праву лишь *на случай* неповиновенія. [6])

---

[1]) A. Merkel, Juristische Encyclopaedie, 1885, S. 13, § 25.

[2]) „Das Recht .. wirkt als Lehre und als Macht“, O. c., S 9, § 15; S. 12, § 22.

[3]) O. c., S. 27—28. § 43.

[4]) O. c., S.S. 29, 33, 34.

[5]) Dr. A. Merkel, Elemente der allgemeinen Rechtslehre, въ „Encyclopaedie der Staatswissenschaften“ Holtzendorf'a, S. 14.

[6]) O. c., S.S. 6, 8, 11, 12.

Въ идеяхъ Меркеля, какъ мы видимъ, проглядываетъ нѣкоторая неопредѣленность. То онъ ясно и точно опредѣляетъ происхожденіе права изъ импарціальной высшей силы въ государствѣ; то считаетъ элементъ силы какъ бы второстепеннымъ моментомъ въ понятіи права, указывая на этическій элементъ, какъ на главный и существенный [1]), и не задаваясь вопросомъ о происхожденіи этого внутренняго элемента въ правѣ.

Луитпольдъ Гагенсъ прямо говоритъ, что правовой порядокъ создается государственной властью. Опытъ учитъ насъ, что человѣческая культура обусловливается жизнью людей въ обществѣ на началахъ раздѣленія труда. Но чтобы возможна была совмѣстная дѣятельность, основанная на раздѣленіи труда—нуженъ порядокъ въ обществѣ. Порядокъ этотъ создается государственной властью и называется правовымъ порядкомъ. [2]) Внѣ государства нѣтъ права, какъ нѣтъ права надъ государственной властью; право создается государственной властью. [3])

Лейтнеръ говоритъ—неравенство силъ и борьба за существованіе есть всеобщій законъ, [4]) въ дѣятельности своей люди подвержены вѣчнымъ и непреложнымъ законамъ причинности, почему мы должны отвергнуть всякую идею отвѣтственности. Слѣдовательно неправо само по себѣ не существуетъ—то, что для меня право, для другаго можетъ и не быть таковымъ. Сила есть право. А такъ какъ сила всегда на сторонѣ большинства, то право будетъ то, что большинство признало

---

[1]) O. c., S. 12.

[2]) Luitpold von Hagens, Staat, Recht und Völkerrecht, 1890, S S. 10, 11, 18

[3]) O c., S. 12: „Das Recht ist wesentlich ein Machtbegriff. Es gibt kein Recht ausserhalb des Staates und über den Herrscher, sondern nur ein Recht im Staate und durch den Herrscher“.

[4]) Leithner, Was ist Recht? 1893, S. 13, 14, 19, 57.

за таковое.[1]) Лейтнеръ совершенно упустилъ изъ вида этическій элементъ въ правѣ, почему его теорія является тою грубой формой отождествленія силы съ правомъ, которую такъ рѣзко осуждаютъ критики Іеринга; эта критика, несправедливая по отношенію къ Іерингу, совершенно приложима къ теоріямъ вродѣ только что изложенной теоріи Лейтнера.

Болѣе опредѣленно высказываются слѣдующіе три писателя разбираемаго нами направленія. Алоизій Гейлингеръ прямо говоритъ — внѣ общества нѣтъ права; факты, фактическія отношенія, охраняемыя общественной организаціей, становятся правомъ;[2]) право есть сила, именно — общественная сила.[3]) Въ каждомъ обществѣ есть элементы руководящіе и элементы пассивные, подчиняющіеся; воля руководящихъ классовъ и есть объективное право.[4]) То, что вчера не было правомъ, можетъ сдѣлаться завтра таковымъ — и наоборотъ; общество создаетъ право.[5]) Феликсъ Герцфельдеръ приходитъ къ тому же выводу нѣсколько инымъ путемъ. Сила (die Gewalt) сама по себѣ не есть право, она только фактъ.[6]) Даже государственная власть есть также только фактическая власть, она не опирается на право.[7]) Главный признакъ права, въ противоположность модѣ, обычаямъ и нравамъ, морали и политикѣ, заключается въ возможности принудительнаго осуществленія его предписаній; такое принудительное осуществленіе можетъ воспослѣдовать лишь черезъ государственную власть, почему государство есть

---

[1]) O. c., S.S. 20, 29, 58.
[2]) Alois Heilinger, Recht und Macht, 1890, S. 14.
[3]) O. c., S.S. 16—17.
[4]) O. c., S.S. 14, 15, 20, 27.
[5]) O. c., S. 39.
[6]) Felix Herzfelder, Gewalt und Recht, 1890, S.S. 10, 16, 36.
[7]) O. c., S. 137.

единственный творецъ и носитель права, даже и права обычнаго. [1])

Къ сторонникамъ разбираемаго воззрѣнія, хотя впрочемъ онъ нерѣдко впадаетъ въ противорѣчія, надо причислить японскаго профессора Гироюки Като, сочиненіе котораго по этому предмету появилось недавно на нѣмецкомъ языкѣ, да и написано оно подъ вліяніемъ почти исключительно нѣмецкой юридической литературы. Люди, говоритъ онъ, находятся въ постоянной борьбѣ съ себѣ подобными; борьба эта можетъ быть внѣшняя (междугосударственная) или внутренняя (между индивидуумами, семьями, сословіями и т. д.) и побѣждаетъ конечно сильный, почему эта борьба и можетъ быть названа борьбой за право сильнаго. [2]) Это общій законъ, подобный закону тяготѣнія—въ нецивилизованныхъ странахъ могущество основывается на физической силѣ, въ цивилизованныхъ на умѣ, богатствѣ или рожденіи. [3]) Далѣе Като говоритъ—право сильнаго основывается на естественныхъ преимуществахъ (ein Naturproduct ist); чтобы оно стало правомъ въ собственномъ смыслѣ—оно должно быть признано со стороны слабѣйшаго и это признаніе должно всегда основываться на невозможности для слабѣйшаго противостоять могуществу сильнѣйшаго. [4])—Спрашивается, при чемъ же тутъ *признаніе* силы со стороны слабаго, если онъ ей не въ состояніи противиться? Не смотря на то, что Като старается ввести

---

[1]) O. c., S.S. 145, 146, 147, 149.

[2]) Hiroyuki Katô, Der Kampf um's Recht des Stärkeren und seine Entwickelung, 1894, S. 5, 6, 7, 17, 24, особенно 88.

[3]) O. c., S.S. 25, 29.

[4]) O. c., S.S. 32—33: „...nur unter der nothwendigen Bedingung stattfinden, dass diese Gewalt als eine vollendete Thatsache nicht mehr von der Gegengewalt bestritten wird". Тоже на стр. 34.

нѣкоторый этическій моментъ въ право, теорія его остается чистой теоріей силы.

Всѣ эти писатели находятся подъ подавляющимъ вліяніемъ Іеринга. Говоря, что право есть сила, они подъ силой разумѣютъ силу государственной власти—то прямо называя её, какъ Гейлингеръ и Герцфельдеръ, то выражаясь описательно, какъ Меркель—и такимъ образомъ повторяютъ мысль Іеринга, что государство есть единственный творецъ и носитель права. Утилизируютъ эти писатели также и теорію борьбы за право и ученіе объ интересѣ, какъ главномъ элементѣ права. Повторяя идеи Іеринга, они повторяютъ и его ошибки, напримѣръ высказываются слишкомъ категорично о роли государства въ дѣлѣ созданія права, не указывая, что дѣло обстоитъ такъ въ настоящее время, но не всегда такъ было. Но если Іерингъ въ своемъ увлеченіи въ «Zweck im Recht» и страдаетъ этой излишней категоричностью сужденій, то истинный смыслъ его воззрѣній можно возстановить по предидущимъ работамъ, чего нельзя сдѣлать по отношенію перечисленныхъ его послѣдователей. Съ другой стороны, эти писатели или вовсе не касаются этической стороны права или, если и затрогиваютъ её, то при этомъ впадаютъ въ апріоризмъ, какъ напримѣръ Меркель, обращающійся въ своей Энциклопедіи къ понятію справедливости. Между тѣмъ мы видѣли, что Іерингъ подробно разработалъ вопросъ о внутренней принудительной силѣ права путемъ сравнительнаго изученія различныхъ видовъ общественныхъ императивовъ—моды, нравовъ и обычаевъ, морали и права.

Но во всякомъ случаѣ эти продолжатели Іеринга заслуживаютъ вниманія уже по одному тому, во первыхъ, что они восприняли и довольно вѣрно поняли идеи Іеринга; во вторыхъ потому, что они въ нѣкоторыхъ случаяхъ иллюстрировали свое изложеніе любопытными примѣрами; и въ третьихъ

потому, что вообще настойчивая, хотя бы и односторонняя, разработка какаго бы то ни было вопроса въ опредѣленномъ направленіи, всегда даетъ благотворные результаты, вызывая у непредубѣжденнаго читателя серьезное обсужденіе и основательную оцѣнку какъ этой такъ и другихъ точекъ зрѣнія въ данномъ вопросѣ и содѣйствуя такимъ образомъ всестороннему его разсмотрѣнію.

Глава 11-я.

Сравнительно-этнографическая метода.

Есть одно направленіе въ наукѣ права, стоящее совершенно особнякомъ, но представляющее несомнѣнный прогрессъ сравнительно съ исторической школой, а въ окончательныхъ выводахъ нѣкоторыхъ своихъ представителей даже приближающееся къ воззрѣніямъ Іеринга.

За послѣднія три десятилѣтія обращаетъ на себя вниманіе такъ называемая историко-сравнительная или сравнительно-этнографическая метода въ правѣ. Ученые этого направленія не довольствуются тѣми матеріалами для изученія права, съ которыми оперировала историческая школа. Историческія данныя слишкомъ недостаточны для того, чтобы пользуясь ими выработать правильный взглядъ на происхожденіе и сущность права; нужно изучить право у всѣхъ народовъ земнаго шара по возможности во всѣ времена—и тогда только можно построить вѣрную общую теорію права.

Это направленіе—главнымъ образомъ методологическое и какъ таковое къ предмету нашего изслѣдованія прямо не относится. Мы познакомимся лишь съ содержаніемъ выводовъ о сущности и происхожденіи права, полученныхъ путемъ примѣченія этой методы. Но такъ какъ характеръ методы изслѣдованія не можетъ не отразиться существеннѣйшимъ образомъ на самомъ содержаніи работъ, авторы которыхъ слѣ-

дуютъ этой методѣ,—мы должны, прежде чѣмъ изучать общую теорію права въ изображеніи такихъ писателей, вкратцѣ коснуться смысла и значенія самой сравнительно-этнографической методы.

Несомнѣнно, что такой пріемъ изслѣдованія, какъ изученіе дѣйствующаго права у всѣхъ народовъ земнаго шара по возможности въ историческомъ развитіи, для того, чтобы изъ современнаго состоянія права у нисшихъ расъ сдѣлать выводы о доисторическомъ характерѣ права цивилизованныхъ народовъ, и чтобы изъ сравненія этихъ доисторическихъ формъ права съ исторически-изучеными и современными—вывести общіе законы развитія отдѣльныхъ институтовъ и построить теорію права вообще—несомнѣнно, что такой пріемъ изслѣдованія есть расширеніе и пополненіе методы исторической школы. Историческая школа, вмѣсто господствовавшей въ наукѣ дедуктивной методы, примѣнила методу индуктивную, но въ ограниченныхъ размѣрахъ, изучая право каждаго даннаго народа въ историческомъ развитіи, но не обращая никакаго вниманія на возможность сравнительнаго изученія права. Если иногда и дѣлались сопоставленія различныхъ институтовъ у разныхъ народовъ, то такіе пріемы носили чисто случайный характеръ, такъ какъ основная идея исторической школы—національный характеръ права—не вызывала потребности въ такихъ обобщеніяхъ. Примѣненіе сравнительно-этнографической методы представляетъ поэтому несомнѣнный прогрессъ въ наукѣ права, расширяя рамки примѣненія индуктивной методы, сослужившей уже такую большую службу наукѣ права, и доставляя возможность дальнѣйшему и еще болѣе плодотворному примѣненію индукціи въ этой области. [1])

---

[1]) Несомнѣнно ошибается Постъ, одинъ изъ самыхъ видныхъ писателей этого направленія, называя сравнительно-этнографическую методу не-исторической (Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf

Какъ всякое новое направленіе—сравнительно-этнографическая метода вызвала обсужденіе въ литературѣ, а нерѣдко даже и порицаніе. Ей дѣлались упреки главнымъ образомъ троякаго рода. Во первыхъ, нѣкоторые ученые [1]) указывали на чрезмѣрное увлеченіе этой методой ея сторонниковъ: нельзя видѣть въ сравненіи единственный способъ изслѣдованія; сравненіе само по себѣ даетъ только матеріалъ для умозаключеній и одного подавляющаго знанія фактовъ далеко недостаточно; очень часто по немногимъ фактамъ соотвѣтственно-одаренный человѣкъ можетъ построить правильную теорію, между тѣмъ какъ другой изъ несравненно бо̀льшаго фактическаго матеріала не сумѣетъ вывести никакой законосообразности. Во вторыхъ, чтобы собрать матеріалы для сравнительнаго изученія какаго нибудь явленія, напримѣръ права, надо знать—что̀ такое право, иначе вѣдь можно собрать матеріалъ совершенно не относящійся къ изучаемому предмету. [2]) Наконецъ въ третьихъ, нѣкоторые ученые [3]) указываютъ на непригодность матеріала, которымъ пользуются сторонники историко-этнографической методы, непригодность именно вслѣдствіе отсутствія сознанія важности требованія, изложеннаго въ только что приведенныхъ возраженіяхъ

---

vergleichend-ethnologischer Basis, 1880—1881, I, S. 13); онъ очевидно увлекся сравнительной стороной своей методы и оставилъ въ тѣни историческую; тѣмъ болѣе это странно, что нѣсколько страницъ выше онъ прямо говоритъ, что историческая метода есть видъ сравнительно-этнографической: она изслѣдуетъ лишь факты недалекаго прошлаго (O. c., I, S. 9).

[1]) Напр. W. Schuppe, Die Methoden der Rechtsphilosophie, Zeitschr. f. vergl. R.—Wiss., 5-er Band (1883), S.S. 209 219.

[2]) O. c., S.S. 227, 228, 232, 267.

[3]) Напр. Prof. E. Stoerk (Studien zur socialer Rechtslehre, Arch. f. öff. R., I. Bd. (1886), S. 583), называя себя скорѣе сторонникомъ, чѣмъ противникомъ сравнительно-этнографической методы, тѣмъ не менѣе указываетъ на не одинаковыя достоинства матеріала, которымъ ученые этого направленія пользуются. Также Neukamp, Entwickelungsgeschichte des Rechts, Einleitung, S. 80, 82—83.

второй категоріи. Далеко не всѣмъ сообщеніямъ путешественниковъ можно довѣрять, такъ какъ онѣ весьма часто являются людьми неподготовленными къ собиранію этнографическихъ данныхъ, касающихся права, между тѣмъ какъ исторія даетъ всегда вѣрныя свѣдѣнія. [1])

Но съ другой стороны нѣтъ недостатка въ выраженіяхъ сочувствія историко-этнографическому направленію, воздающихъ ему вполнѣ заслуженныя похвалы и выясняющихъ его серьёзное значеніе какъ дальнѣйшаго развитія исторической методы. [2])

Сочиненія, въ которыхъ примѣняется историко-сравнительная метода, довольно многочисленны. [3]) Но мы не будемъ излагать ихъ содержанія, такъ какъ всѣ эти изслѣдованія представляютъ сравнительное изученіе отдѣльныхъ институ-

---

[1]) Спенсеръ правильно замѣчаетъ, что показаніямъ современныхъ путешественниковъ вродѣ Дарвина, Уоллеса, Ливингстона, Гумбольдта, скорѣе можно повѣрить, чѣмъ исторіи напр. Тацита, заимствовавшаго свѣдѣнія о Германцахъ изъ вторыхъ и третьихъ рукъ. См. Сокольскій «Къ ученію объ организаціи семьи....» Ж. М. Н. Пр., ч. 214 (1881), стр. 194.

[2]) Напр. F. Dahn, Vom Wesen und Werden des Rechts, Zeitschr. f. vergl. R.—Wiss., 2-er Bd. (1879), S. 8—9, говоритъ, что современные ученые дѣлаютъ большую ошибку, занимаясь исторіей права лишь трехъ главныхъ націй Европы—Грековъ, Римлянъ и Германцевъ. Нужно распространить эти изслѣдованія на всѣ извѣстныя племена, даже коснѣющія на такой ступени развитія, гдѣ почти совсѣмъ нѣтъ культуры, на такъ называемые „дикіе“ народы.

Jos. Kohler, Zur vergleichenden Rechtswissenschaft und ihrer Litteratur Krit. Vierteljahrsschrift, N. F. Bd. IV (1881); Das Recht als Kulturerscheinung, 1885; Rechtsgeschichte und Culturgeschichte, Zeitschr. f. pr. u. öff. Recht, 12 Bd. (1885); Die Entwickelung im Recht, ibid., 14 Bd. (1887); Recht, Glaube und Sitte, ibid., 19 Bd. (1892).

L. Dargun, Zur Methodik der sociologischen Rechtslehre, Arch. f. öff. Recht, 2-er Bd. (1887).

[3]) Наиболѣе извѣстные изъ нихъ: Henry Sumner Maine, Ancient Law, 1861; J. J Bachofen, Das Mutterrecht, 1861; Lewis H. Morgan, Die Urgesellschaft, нѣмецкій переводъ 1891 г.; Freeman, Comparative politics, 1873; John, D. Mayne, A Treatise on Hindu Law and Usage, 1878; Emile de Laveley, Das Ureigenthum, нѣмецкій переводъ 1879 года; J. Lubbock, die Entstehung der Civilisation, нѣмецкій переводъ 1875 года; K. Volgraff, Staats und Rechtsphiloso-

товъ права, или даютъ матеріалы въ видѣ сборниковъ фактовъ изъ области правовой жизни разныхъ племенъ, или излагаютъ исторію и современное состояніе права у одного или нѣсколькихъ народовъ; построеніемъ-же общей теоріи права на основаніи сравнительно-этнографическаго матеріала —не занимаются. Исключеніе составляетъ Альбертъ Германъ Постъ, съ сочиненіями котораго поэтому мы познакомимся нѣсколько подробнѣе. Первыя сочиненія Поста, появившіяся въ шестидесятыхъ годахъ, были написаны еще подъ вліяніемъ философіи Канта и отчасти Шопенгауэра. Но въ концѣ шестидесятыхъ годовъ онъ сталъ заниматься естественными науками, познакомился съ эволюціонной теоріей —и это обстоятельство оказало рѣшающее вліяніе на направленіе и характеръ всѣхъ его послѣдующихъ работъ. Сравнительно-этнографическое изученіе права онъ поставилъ цѣлью своей жизни; нѣкоторыя его работы являются исключительно сборниками матеріаловъ, [1]) другія же заключаютъ въ себѣ опыты построенія общей теоріи права [2]). Вотъ этими послѣдними работами мы и займемся.

---

phie, 2-е изд. 1864 г.; A. H. Post съ его многочисленными сочиненіями; J. Kohler, статьи котораго выше указаны; H. Spencer, Principles of Ethics; Tylor, Die Anfänge der Kultur, нѣмецкій переводъ 1873 года; Fustel de Coulanges, La cité antique, 5-e éd. 1874 (1-e ed. 1864); Giraud-Teulon, Les origines du mariage et de la famille, 1884. Mac-Lennan и др.

Изъ русскихъ—М. Ковалевскій, Общинное землевладѣніе; онъ же, Современный обычай и древній законъ; онъ-же, Очерки происхожденія семьи и собственности; Сокольскій, Къ ученію объ организаціи семьи, Ж. М. Нар. Пр., часть 214 (1881); С. Егіазаровъ, Изслѣдованія по исторіи учрежденій въ Закавказьи, I, Сельская община, 1889; II, Городскіе цехи, 1891.

[1]) Die Anfänge des Staats und Rechtslebens, 1878; Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis, I Band 1880, II Band 1881.

[2]) Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts, 1872; Der Ursprung des Rechts, 1876; Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwickelungsgeschichte, 1884.

У него есть еще сочиненіе по методологіи—Ueber die Aufgaben einer Allgemeinen Rechtswissenschaft, 1891.

Подобно тому, говоритъ Постъ въ «Einleitung», какъ звѣздные міры и планетныя системы, какъ атомы въ молекулахъ и клѣтки въ живыхъ организмахъ—поддерживаются въ равновѣсіи извѣстными силами—такъ и люди въ обществѣ связываются воедино нѣкоторой силой, которая называется обычаями или порядками (die Sitte). Характеръ этой связи зависитъ отъ характера того общества, между членами котораго она устанавливается; мы можемъ говорить о патріархальныхъ обычаяхъ, о церковныхъ порядкахъ, о государственномъ порядкѣ. Этотъ послѣдній порядокъ, порядокъ регулирующій общежитіе въ государствѣ, называется правомъ.[1]) Вслѣдствіе этого государственный порядокъ, или право, оказывается явленіемъ координированнымъ съ порядками и обычаями другихъ общественныхъ союзовъ, можетъ съ ними гармонировать, но сплошь и рядомъ противорѣчитъ имъ. Этимъ объясняется, почему право можетъ противорѣчить морали.[2]) Въ «Ursprung» онъ развиваетъ эту мысль подробнѣе. Различные общественные союзы или организмы вступаютъ между собою въ борьбу за существованіе; въ результатѣ этой борьбы наступаетъ болѣе или менѣе полное сліяніе борящихся союзовъ вслѣдствіе побѣды сильнѣйшаго и порабощенія слабѣйшаго.[3]) Мы рѣдко встрѣчаемъ государства, слагающіяся изъ однороднаго населенія, связаннаго общностью языка, вѣрованій и правовоззрѣній. Обыкновенно государства слагаются изъ нѣсколькихъ разнородныхъ, почти чуждыхъ другъ другу этнографическихъ элементовъ, такъ что для значительной части населенія государство является учрежденіемъ чуждымъ, которому подчиняются поневолѣ. Поэтому почти каждый индивидуумъ является какъ

---

[1]) Post, Einleitung, S. 17—18.

[2]) O. c., S. 21; тоже въ Bausteine, I, S. 49.

[3]) Ursprung, S.S. 12, 13, 17.

бы вплетеннымъ одновременно въ нѣсколько общественныхъ союзовъ и въ каждомъ обществѣ всегда можно найти переживанія древнихъ учрежденій и осколки иныхъ порядковъ, существовавшихъ въ инкорпорированныхъ постороннихъ обществахъ. [1]) Все это объясняетъ намъ, почему въ исторіи и этнографіи мы видимъ примѣры самыхъ разнообразныхъ, на нашъ современный взглядъ—нелѣпѣйшихъ институтовъ. Право есть продуктъ чистой необходимости, его единственная цѣль—обезпечить существованіе и дальнѣйшее развитіе даннаго государственнаго порядка. [2]) Да и въ наше время съ точки зрѣнія каждаго отдѣльнаго индивидуума право рѣдко является разумнымъ и нравственнымъ. Оно является такимъ (т. е. разумнымъ и нравственнымъ) временно въ періоды спокойнаго и непрерывнаго развитія общественнаго организма, не безпокоимаго извнѣ; но гораздо чаще разумъ и мораль оказываются въ противорѣчіи съ правомъ; всякая война, которая кончается покореніемъ, создаетъ для покореннаго народа право, стоящее въ самомъ рѣзкомъ противорѣчіи съ его моралью. [3]) Право на нравственныхъ началахъ—это ложная мечта. [4])

Мы однако никакъ не можемъ согласиться съ Постомъ въ этихъ заключительныхъ выводахъ. Война давно уже перестала быть естественнымъ состояніемъ человѣческихъ обществъ, а тѣмъ болѣе война съ покореніемъ побѣжденныхъ; даже и въ тѣхъ обществахъ, у тѣхъ племенъ, которые постоянно воюютъ съ своими сосѣдями—завоеваніе является рѣдкостью. Слѣдовательно, такъ какъ противоположность содержанія права требованіямъ разума и морали наступаетъ при военномъ покореніи одного племени другимъ (да и то еще не всегда, сплошь и

---

[1]) O. c., S.S. 13, 15, 16, 17.

[2]) O. c., S.S. 17-18, 23, 25.

[3]) O. c., S. 26; Bausteine, I, S. 47; Einleitung, S. 21.

[4]) Ursprung, S. 29: „Ein Recht auf ethischer Basis ist lediglich eine Schwärmerei speculirender Grübler"...

рядомъ покоренному народу сохраняется автономія); и такъ какъ случаи завоеванія въ высшей степени рѣдки, то въ противоположность мнѣнію Поста мы должны признать, что отсутствіе гармоніи между нормами права и требованіями разума и морали есть не общее правило, а исключеніе. Напротивъ—право есть ничто иное, какъ этическій минимумъ.

Въ «Grundlagen» Постъ уже не высказываетъ такихъ парадоксальныхъ мнѣній и скорѣе склоняется именно къ теоріи этическаго минимума. Какъ во всемъ мірѣ дѣйствуютъ силы притяженія и отталкиванія, такъ и біологическіе индивидуумы подвержены вліянію эгоизма и альтруизма.[1]) Человѣкъ нуждается въ средствахъ удовлетворенія своихъ потребностей; въ погонѣ за этими средствами возникаетъ между людьми конкурренція; тамъ гдѣ люди не соединены въ общество—конкурренція эта ведется въ формѣ безпощадной индивидуальной борьбы за существованіе; въ общественныхъ союзахъ развивается, наоборотъ, совмѣстная дѣятельность для взаимной пользы. Такимъ образомъ въ обществѣ развивается извѣстный порядокъ, который первоначально является недифференцированной областью морали и права.[2]) Затѣмъ уже мораль отдѣляется отъ права и право является такимъ образомъ лишь вѣтвью нравственности въ широкомъ смыслѣ слова.[3]) Подобно тому какъ космическій законъ требуетъ возстановленія равновѣсія въ случаѣ его нарушенія, такъ и въ соціальныхъ союзахъ нарушеніе порядка вызываетъ реакцію въ отдѣльныхъ членахъ, стремленіе къ возстановленію нарушеннаго равновѣсія; это то психическое состояніе, которое мы называемъ правовымъ чувствомъ.[4]) Такимъ образомъ отдѣльные индивидуумы въ обществѣ являются какъ бы ограниченными извѣ-

---

[1]) Grundlagen, S S. 4, 8.
[2]) O. c., S.S. 16 17, 18, 19.
[3]) O. c., S. 18.
[4]) O. c., S.S. 19, 21

стной правовой сферой, переходъ черезъ границы которой чувствуется другими индивидуумами какъ вторженіе въ ихъ сферу, какъ нарушеніе соціальнаго порядка, причемъ наблюдается дѣйствіе психологическаго закона, требующаго уравненія между дѣйствіемъ, нарушившимъ право, и противодѣйствіемъ ему, возстановляющимъ право; это—такъ называемый принципъ таліона, который особенно строго примѣняется въ области права имущественнаго. [1])

Изъ всего сказаннаго, согласно даннымъ наблюденія выясняется, что право есть понятіе относительное и подвержено измѣненіямъ съ измѣненіемъ морфологической структуры соціальныхъ организацій. [2])

Въ дальнѣйшемъ изложеніи Постъ изображаетъ исторію развитія права согласно даннымъ своей методы. На первыхъ ступеняхъ культуры мы находимъ право еще не отдѣленнымъ отъ нравственности. [3]) Лишь когда первобытныя формы общенія уступаютъ мѣсто государственной организаціи—область права отдѣляется отъ области морали. Право и государство вѣдь стоятъ въ тѣсной связи, право есть государственный порядокъ (die Sitte eines Staats) [4]). Пока еще право не отдѣлено отъ нравственности, нормы еще не существуютъ—общественный порядокъ соблюдается инстинктивно. Нарушеніе нрава вызываетъ въ тѣ времена непосредственную реакцію—месть и лишь впослѣдствіи постепенно изъ этой непосредственной реакціи возникаетъ посредственная, является идея наказанія и вмѣненія преступнику его дѣянія въ вину. [5]) Древнее же право есть право безъ нормъ, безъ процесса, безъ судебнаго рѣшенія. [6]) Слѣдующая стадія развитія (Entwi-

---

[1]) O. c., S.S. 26, 28.

[2]) O. c., S.S. 25—26.

[3]) O. c., S. 31; тоже см. Bausteine, I, 47; Einleitung. 42.

[4]) Grundlagen, S. 32.

[5]) O. c., S.S. 33, 38, 354—363; Einleitung, S. 26.

[6]) Grundlagen S. 39.

ckelungsstufe) права представляетъ намъ картину возникновенія судебнаго рѣшенія (ein Urtheil.) Лицо постановляющее рѣшеніе является свободнымъ отъ всякаго аффекта, неминуемаго въ человѣкѣ, мстящемъ за себя или за близкихъ; лицо постановляющее рѣшеніе способно разсудить, насколько нарушенъ правовой порядокъ и какія мѣры требуются къ его возстановленію. Но судебное рѣшеніе въ эту эпоху, на этой ступени культуры, имѣетъ совершенно иной характеръ, чѣмъ современное; такое первичное судебное рѣшеніе отличается чисто инстинктивнымъ характеромъ, не существуетъ еще никакихъ нормъ права, которыя могъ бы примѣнять судящій, рѣшеніе приспособляется къ конкретному случаю, судебныя рѣшенія являются какъ-бы законодательными актами. [1]) Дальнѣйшее развитіе права заключается въ томъ, что при повтореніи одинаковыхъ случаевъ, разъ дѣло доходитъ до суда, постановляются одинаковыя рѣшенія и такимъ образомъ вырабатываются прецеденты, сообразно которымъ въ сходныхъ случаяхъ и рѣшаютъ. Образуется право какъ бы въ видѣ собранія судебныхъ рѣшеній. Отсюда уже постепенно развивается совокупность нормъ для установленія правильныхъ взаимоотношеній людей въ обществѣ, т. е. обычное право, [2]) а уже затѣмъ идетъ дальнѣйшая ступень развитія права, когда оно принимаетъ форму закона. [3])

Это несомнѣнно прекрасное изложеніе исторіи развитія права страдаетъ однако большою односторонностью, такъ какъ весьма существеннымъ элементомъ въ развитіи права, рядомъ съ первичнымъ судебнымъ рѣшеніемъ, является первичный договоръ, первичная сдѣлка, что̀ Постъ совершенно упустилъ изъ вида. Равнымъ образомъ онъ не отмѣтилъ ни безсознательнаго, незамѣтнаго образованія нормъ права изъ нравственности, ни возникновенія его въ борьбѣ интересовъ.— Что

---

[1]) O. c., S.S. 43—44.

[2]) O. c., S.S. 46, 49, 50; Bausteine, I, S. 66.

[3]) Grundlagen. S. 52.

касается общей оцѣнки теоріи Поста, то мы должны признать эту теорію въ цѣломъ удовлетворительной, такъ какъ, кромѣ только что указаннаго и ранѣе замѣченныхъ недостатковъ, она ни въ чемъ не противорѣчитъ воззрѣніямъ на право, установившимся среди послѣдователей Іеринга. Но въ этомъ и слабая сторона теоріи и методики Поста. Была ли необходимость прибѣгать къ трудностямъ сравнительно-этнографической методы, если и безъ ея примѣненія тѣ-же результаты были уже получены? Можно бы на этотъ вопросъ отвѣтить отрицательно; но мы воздержимся отъ такаго отвѣта и рѣшимъ вопросъ въ пользу Поста. Да, намъ кажется, что Постъ, и вообще ученые, примѣнявшіе сравнительно-этнографическую методу изслѣдованія, сослужили всетаки хорошую службу наукѣ. Лишнее подтвержденіе теоріи Іеринга, а въ особенности основанное на такомъ тщательномъ изученіи фактовъ, во всякомъ случаѣ плодотворно. Помимо того факты, собранные писателями этого направленія, сами по себѣ въ высшей степени интересны и составляютъ цѣнное пріобрѣтеніе науки. Если же мы при этомъ примемъ во вниманіе то обстоятельство, что сравнительно-этнографическая метода есть направленіе новое, что будущимъ послѣдователямъ этого направленія открыто еще обширнѣйшее поле въ области собиранія фактовъ и въ сферѣ построенія какъ теорій отдѣльныхъ институтовъ, такъ и общей теоріи права, то мы должны будемъ сознаться, что результаты примѣненія этой новой методы, какъ одного изъ способовъ индуктивнаго изслѣдованія, едвали даже и могутъ въ настоящее время получить окончательную оцѣнку. Такая оцѣнка есть еще дѣло будущаго, мы же пока на основаніи имѣющихся въ нашихъ рукахъ данныхъ смѣло можемъ сказать, что не смотря на ошибки, которыхъ конечно ни одна метода, ни одно ученіе избѣжать не могутъ, сравнительно-этнографическое направленіе принесло несомнѣнную пользу наукѣ права и представляется методой правильной и желательной.

Глава 12-я.

Внѣгерманская юридическая литература.

Все предидущее изложеніе исторіи развитія новаго движенія въ философіи права посвящено было обозрѣнію исключительно германской литературы. Въ остальныхъ главныхъ странахъ Европы ничего подобнаго обилію германской литературы по общей теоріи права мы не находимъ. Во Франціи, Англіи и Италіи нѣтъ самостоятельныхъ теорій въ области философіи права, а вліяніе исторической школы и новаго, Іеринговскаго, направленія или вовсе не сказывается, или сказывается весьма слабо. Французы вслѣдствіе политическихъ недоразумѣній съ нѣмцами, англичане по всегдашней своей привычкѣ мало обращать вниманія на литературу континента, почти совсѣмъ не знакомы со обширной нѣмецкой литературой права; только итальянцы за послѣднее время проявляютъ нѣсколько болѣе интереса къ этой литературѣ и знакомства съ нею. Что же касается Россіи, то наши ученые всегда съ интересомъ слѣдили за успѣхами науки и философіи за границей; теорія исторической школы была нами своевременно усвоена, а нынѣ въ Россіи имѣются и видные представители Іеринговскаго направленія.

Во Франціи и до сихъ поръ, какъ въ тридцатыхъ годахъ, продолжаютъ появляться сочиненія, въ которыхъ проповѣдуется по вопросу объ обычномъ правѣ старая, имѣвшая широкое распространеніе въ XVIII и въ началѣ XIX вѣка,

теорія соизволенія (Gestattungstheorie), что объясняется съ одной стороны нѣкоторою косностью философіи права во Франціи, а съ другой стороны тѣмъ, что обстоятельства правовой жизни тамъ мало измѣнились въ теченіи послѣднихъ ста лѣтъ. Кодексы, составленные въ началѣ нынѣшняго вѣка, дѣйствуютъ донынѣ и существенныхъ, коренныхъ, перемѣнъ во французскомъ правѣ за это время не совершилось; при этомъ французская кодификація представляется образцовой и какъ таковая оставляетъ лишь самое ничтожное поле для примѣненія нормъ обычнаго права въ жизни.

Обри и Ро, какъ въ первомъ изданіи Курса гражданскаго права 1838—39 года, такъ и въ четвертомъ 1869 года, называютъ право совокупностью нормъ для поведенія человѣка, исполненіе которыхъ можетъ быть обезпечено принужденіемъ.[1] Право писаное—это то, которое декретировано и промульгировано общественной властью;[2] право неписаное—то, которое создается непосредственно народнымъ убѣжденіемъ, проявляется (est manifesté) на практикѣ въ многочисленныхъ единообразныхъ дѣйствіяхъ, въ теченіи извѣстнаго періода времени, и безъ явнаго или молчаливаго протеста законодателя.[3] Въ Курсѣ французскаго гражданскаго права Фредерика Мурлона, начиная съ перваго изданія 1846—1852 и кончая двѣнадцатымъ изданіемъ 1884 года, излагается все таже теорія соизволенія.[4] Демоломбъ преподаетъ эту-же теорію въ своемъ Курсѣ кодекса Наполеона.[5] Той же теоріи слѣдуютъ Удо, Эшбахъ и Де-

---

[1]) C. Aubry et C. Rau, Cours du droit civil français, 4-me éd. 1869, I p. 1.

[2]) O. c., I, p. 3.

[3]) O. c., I, p.p. 3, 43—44.

[4]) Frédéric Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civil, 12-ème éd. 1884, I, p. 9.

[5]) C. Demolombe, Cours du Code Napoléon, 2-ème éd. 1860 (I-ère éd. 1845), p.p. 36, 37.

мантъ.[1]) Изъ болѣе новыхъ писателей той же теоріи соизволенія придерживается Прадье-Фодере, который опредѣляетъ право какъ разграниченіе свободы; [2]) онъ признаетъ существованіе естественнаго права, [3]) а положительное право различаетъ какъ законъ, представляющій прямое выраженіе воли законодателя, и обычное право (coutume) являющееся выраженіемъ воли членовъ государства при молчаливомъ согласіи законодателя. [4]) Намюръ въ своей Энциклопедіи, изданной въ 1875 году, слѣдуетъ теоріи исторической школы, но съ указаніемъ на признаніе со стороны государства какъ на существенный элементъ обычнаго права. Согласно теоріи исторической школы онъ признаками обычнаго права называетъ opinio necessitatis, фактическое примѣненіе нормъ со стороны большинства населенія—единообразно, публично, въ теченіи долгаго времени, и къ этому прибавляетъ требованіе соизволенія законодателя [5]).

Но есть во Франціи и такіе писатели, и многіе изъ новыхъ, которые довольно послѣдовательно проводятъ теорію исторической школы. Русселъ опредѣляетъ право какъ разграниченіе свободы. Законъ есть предписаніе государственной власти, а обычное право—непосредственный продуктъ той потребности, которой оно удовлетворяетъ, молчаливое выраженіе народнаго разума (de la raison publique). [6]) Олевиллъ называетъ право выраженіемъ общественнаго порядка, осно-

---

[1]) J. Oudot, Premiers essais de Philosophie du droit, 1846, p. 66; M. Eschbach, Cours d' introduction générale à l' étude du droit, 2-me édition, 1846, p. 72; A. M. Demante, Cours analitique de Code civil, 2 ème éd., 1881 (I-ère éd. 1849), I, p. 5.

[2]) M. P. Pradier-Fodéré, Principes généraux de droit, de police et de législation, 1869, p. 14.

[3]) O. c., chap. II.

[4]) O. c., pp. 58, 100.

[5]) P. Namur, Cours d' Encyclopédie du droit, 1875, p. 15.

[6]) Adolphe Roussel, Encyclopédie du droit, 2-de éd., 1871 (I-ère éd 1843), p.p. 5, 20, 41.

ваннаго Богомъ и организованнаго человѣческой волей; на обычное право онъ смотритъ глазами Пухты: обычай не создаетъ права, источникъ права—народное убѣжденіе, а обычай есть лишь его внѣшнее проявленіе. [1]) Брошэ де ла Флешеръ говоритъ, что право возникаетъ и развивается первоначально въ формѣ обычнаго права. Обычное право есть по истинѣ народное, національное, созданіе (une oeuvre vraiment nationale); общность потребностей и воззрѣній обусловливаетъ сходство въ поведеніи отдѣльныхъ членовъ народа въ сходныхъ случаяхъ жизни; такимъ образомъ устанавливается фактическое единообразіе поведенія, мало по малу превращающееся въ обычно-правовой порядокъ. [2]) Впослѣдствіи возникаетъ право писаное, отличающееся большею опредѣленностью и точностью, чѣмъ обычное, но это послѣднее всетаки сохраняетъ свое значеніе и является положительной правообразующей силой рядомъ съ закономъ, который имѣетъ скорѣе характеръ отрицательный, ограничивающій волю отдѣльныхъ лицъ. [3]) Эмиль Аколла учитъ, что функція правообразованія принадлежитъ всему народу какъ въ обычномъ правѣ, такъ и въ законодательствѣ; что законодатель является лишь органомъ, делегатомъ народа. [4]) Эрнестъ Рогенъ смотритъ также, равно какъ и Орбанъ, который называетъ источникомъ права общую волю. [5])

Наконецъ, есть французскіе писатели, которыхъ коснулись новыя вѣянія въ области философіи права; сюда относятся—Пренъ, Курсель-Сенейль и отчасти Тардъ. Пренъ упрекаетъ историческую школу въ излиш-

---

[1]) P. de Hauleville, La définition du droit, 1875, p.p. 115, 177.

[2]) Henri Brochet de la Fléchère, Les révolutions du droit, 1878, p.p. 6–7, 215, 221.

[3]) O. c., p.p 202, 220.

[4]) Emile Acollas, Introduction à l' étude du droit, 1885, p.p. 7, 8, 9.

[5]) Ernest Roguin, La règle de droit, 1889, p. 73; O. Orban, Cours d' Encyclopédie du droit, 1893, p. 27.

немъ преклоненіи передъ традиціями прошлаго и напоминаетъ, что всякая традиція въ свое время была прогрессомъ и что каждое поколѣніе имѣетъ передъ собою задачу—которую надо выполнить, этапъ—который надо пройти. [1]) Курселль-Сенейль прямо говоритъ, что государство есть творецъ права [2]). Тардъ указываетъ на принципъ борьбы за существованіе какъ на важный элементъ правообразованія. [3]) Изъ старыхъ у Туллье есть мимолетное указаніе на значеніе интереса въ правѣ. [4])

Въ **Англіи**, какъ и во Франціи, нѣтъ самостоятельной широко развитой литературы общей теоріи права; юристы касаются общихъ вопросовъ вскользь и какъ-бы мимоходомъ, трактуя ихъ догматически какъ нѣчто общепринятое и недопускающее возраженій. Особенностью англійской юридической литературы является точка зрѣнія эмпирическаго утилитаризма (иногда съ теологической окраской) и пониманіе обычнаго права какъ судебныхъ обычаевъ. [5]) И та и другая особенность совершенно объясняются съ одной стороны тѣмъ, что Англія является классической страною эмпирическаго утилитаризма—здѣсь онъ зародился и совершилъ весь циклъ своего развитія; а съ другой стороны особенностью процесса

---

[1]) Adolphe Prins, La philosophie du droit et l' école historique, R. du dr. internat., T. XIV (1882), p.p. 568—569.

[2]) Courcelle-Séneuil, Préparation à l' étude du droit, 1887, p. 200.

[3]) Tarde, Les Transformations du droit, p. 4. Но должно сознаться, что воззрѣнія Тарда очень сбивчивы. Признавая принципъ борьбы за существованіе, онъ вдругъ начинаетъ полемизировать противъ идеи эволюціи (!): или напримѣръ на стр. 21 и 129 даетъ утилитарное опредѣленіе праву, а на стр. 151 и 152—полемизируетъ противъ утилитаризма.

[4]) C. B. M. Toullier, Le droit civil francais, 6-me éd. 1846—48 (I-ère éd. 1811—1831), p. 9.

[5]) Ср. Thomas Brett, Commentaries on the present laws of England, sec. ed. 1891, I, p. 348.

правообразованія въ Англіи, въ которомъ выдающуюся роль играла и продолжаетъ играть судебная практика.

Джонъ Остинъ, основатель такъ называемой англійской аналитической школы въ юриспруденціи (Analitical School of Jurisprudence), училъ, что человѣкъ въ своей дѣятельности управляется божественными законами; нѣкоторые изъ этихъ законовъ были предметомъ откровенія, другіе остались не открытыми человѣчеству; эти послѣдніе познаются нами согласно принципу пользы, въ которомъ Богъ далъ людямъ какъ бы нѣкій указатель (index), средство косвенно познавать Его волю. [1]) Мы должны руководиться вѣроятными послѣдствіями нашего поведенія и сообразно имъ направлять нашу дѣятельность къ наибольшей суммѣ счастія и добра. [2]) Ссылка на утилитарный принципъ, говоритъ Остинъ, не является съ моей стороны удаленіемъ отъ моего предмета, такъ какъ этотъ принципъ, хорошо-ли, дурно-ли понимаемый, былъ всегда основнымъ принципомъ при изданіи законовъ. [3]) Генри Джонъ Стефенъ повторяетъ мысль Остина о томъ, что Творецъ тѣсно связалъ законы вѣчной справедливости и счастія каждаго индивидуума и что поэтому мы, пунктуально слѣдуя однимъ изъ этихъ законовъ, тѣмъ самымъ осуществляемъ и другіе. [4]) Часть законовъ Богъ открылъ людямъ, часть же установлена людьми въ видѣ предписанія государства; первые называются естественнымъ правомъ, вторые муниципальнымъ или гражданскимъ правомъ. [5]) Подъ муниципальнымъ правомъ (municipal or civil law) Стефенъ понимаетъ законы и обычаи.— Законъ называется писанымъ правомъ, обычное право—не

---

[1]) John Austin, Lectures on Jurisprudence, 4-th ed., 1873 (1-й разъ въ 1832 году—„The province of Jurisprudence determined“), I, p.p. 106, 109.

[2]) O. c., I, p. 113.

[3]) O. c., I, p. 125.

[4]) Henry John Stephen, New commentaries on the laws of England 7-th ed., 1874 (1-е изд. окончено въ 1845 г.), I, p. 22.

[5]) O. c., I, p.p. 23, 25, 26.

писанымъ, хотя послѣдній терминъ Стефенъ считаетъ неправильнымъ; у бриттовъ и галловъ обычное право было, конечно, неписаное, но теперь, въ Англіи, оно все записано. [1]) Такъ смотритъ Стефенъ потому, что обычное право понимаетъ какъ судебные обычаи. Обычаи, говоритъ онъ, познаются судьями и отъ нихъ получаютъ силу права. [2]) Г е р б е р т ъ Б р у м ъ опредѣляетъ муниципальное или гражданское право какъ правила поведенія, предписанныя высшею властью въ государствѣ. Обычное право (Common law) есть часть гражданскаго права, образовавшаяся дѣятельностью судовъ. Въ немъ мы отличаемъ двѣ части—писаное право и неписаное. Писаное право создается путемъ истолкованія судьями законовъ (the statute law of the land); неписаное право возникаетъ путемъ молчаливаго соглашенія обитателей данной страны изъ старыхъ обычаевъ, унаслѣдованныхъ отъ незапамятныхъ временъ, или возникшихъ изъ законодательныхъ актовъ, память о которыхъ уже изгладилась, но содержаніе сохранилось въ видѣ обычая. Для иллюстраціи послѣдняго способа возникновенія обычнаго права Брумъ приводитъ примѣръ, что въ С. А. С. Штатахъ англійскіе законы, изданные до войны за независимость, и главнымъ образомъ тѣ, которые существовали до переселенія первыхъ англійскихъ эмигрантовъ въ Америку, примѣняются тамъ нынѣ какъ обычное, неписаное право. [3]) Брумъ перечисляетъ признаки обычаевъ (Customs), изъ которыхъ слагается обычное право,—именно долгое, единообразное примѣненіе, опредѣленное разумное содержаніе, систематическая связь обычаевъ между собою—и говоритъ, что обычаи должны обладать принудительной силой (must be compulsory), исполненіе ихъ не должно

---

[1]) O. c, I, p.p. 40, 41.

[2]) O. c., I, p. 46: „...how are these general customs or maxims to be determined? The answer is, by the judges in the several courts of justice“.

[3]) Herbert Broom, Commentaries on the Common law, 4-th ed., 1869 (1-th ed. 1855), p.p. 3, 7, 8.

зависѣть отъ произвола каждаго. [1]) Послѣднія выраженія можно бы принять за признакъ народнаго правоваго убѣжденія (opinio necessitatis); но далѣе Брумъ говоритъ, что въ Англіи обычное неписаное право объявляется судьями, т. е. значитъ изъ ихъ рѣшеній заимствуетъ оно свою обязательную силу. [2]) Шельдонъ Эмосъ также опредѣляетъ законъ какъ предписаніе высшей власти въ государствѣ, [3]) а обычное право какъ непосредственно въ народѣ возникшіе обычаи, отличающіеся давнишнимъ примѣненіемъ, опредѣленностью, непротиворѣчащіе благополучію общества и примѣняемые въ судебной практикѣ. [4]) Вильямъ Маркби нѣсколько видоизмѣняетъ, такъ сказать смягчаетъ, это воззрѣніе англійской аналитической школы юриспруденціи, къ которой онъ и самъ принадлежитъ. Опредѣляя законъ также какъ и предидущіе писатели, онъ обычное право считаетъ возникающимъ въ нѣдрахъ народа и говоритъ, что судебныя рѣшенія лишь придаютъ ему болѣе силы и значенія; я не думаю, заявляетъ онъ, что обычное право всегда непремѣнно возникаетъ въ судахъ, но судьи лучше другихъ гражданъ знаютъ нормы этого права. [5]) Томасъ Эрскинъ Голландъ отличаетъ понятіе этики и номологіи: этика есть наука о внутреннемъ состояніи человѣка, о долгѣ; номологія—наука о внѣшнемъ поведеніи человѣка. [6]) Номологія раздѣляется въ свою очередь на науку о правилахъ, устанавливаемыхъ неопредѣленнымъ авторитетомъ, имѣющихъ санкцію

---

[1]) O. c., p.p. 12—19.

[2]) O. c., p. 20: „As our lex scripta must be interpreted, so must our lex non scripta be declared by the judges“.

[3]) Sheldon Amos, The Science of law, 2-nd edition, 1874 (1-th ed. 1871), p. 48.

[4]) O. c., p.p. 49, 68.

[5]) William Markby, Elements of law, 3-d ed. 1885 (1-th ed. 1871), p.p. 36, 44, 45.

[6]) Thomas Erskine Holland, The Elements of Jurisprudence, 1893 (1-е изданіе 1880), p. 25.

въ общественномъ мнѣніи—это мораль; и науку о правилахъ, устанавливаемыхъ опредѣленнымъ авторитетомъ,—это законы.[1]) Законы могутъ быть божескіе и человѣческіе; послѣдніе устанавливаются высшей властью въ государствѣ.[2]) Обычное право Голландъ называетъ переходной ступенью между моралью и закономъ.[3]) Вильямъ Эдвардъ Гэрнъ, подобно остальнымъ сторонникамъ аналитической школы, опредѣляетъ законъ какъ повелѣніе высшей власти въ государствѣ, а объ обычномъ правѣ говоритъ, что это обычаи, получившіе силу закона вслѣдствіе примѣненія ихъ въ судахъ.[4])

Изъ англійскихъ юристовъ, не принадлежащихъ къ аналитической школѣ, нѣкоторые высказываютъ взгляды близкіе къ теоріи исторической школы, другіе имѣютъ даже болѣе прогрессивныя воззрѣнія. Такъ, Джемсъ Лоримеръ хотя признаетъ естественное право[5]), но относительно закона и обычнаго права стоитъ на точкѣ зрѣнія исторической школы. И обычай и законъ имѣютъ своимъ источникомъ волю общества; всякое истинное законодательство въ концѣ концовъ есть изданіе законовъ обществомъ для себя.[6]) Обычное право есть болѣе ранняя форма законодательства, но оно не теряетъ своего значенія и тогда, когда появляется законодательство въ собственномъ смыслѣ.[7]) Съ другой стороны Давидъ Ричи имѣетъ весьма прогрессивныя воззрѣнія и смотритъ съ точки зрѣнія эволюціонной философіи. Книга его носитъ заглавіе «Natural rights», но подъ естественнымъ

---

[1]) O. c., p.p. 26, 36.

[2]) O. c., p.p. 36, 37, 50.

[3]) O. c., p. 50.

[4]) William Edward Hearn, The theory of legal duties and rights, 1883 p.p. 5, 9, 7, 32, 39, 40.

[5]) James Lorimer, The institutes of law, 1872, p.p. 11, 15.

[6]) O. c., p.p. 342, 344: „. . . all true legislation is thus, in the last analysis, self-legislation“.

[7]) O. c., p. 417.

правомъ онъ понимаетъ не то, что всегда понимается подъ этимъ терминомъ; естественное право, говоритъ онъ, есть право какъ оно должно быть. Но спрашивается—гдѣ-же критерій для рѣшенія вопроса, какимъ должно быть право? Въ качествѣ подобнаго критерія можно назвать какой нибудь внѣшній или внутренній авторитетъ и утилитарный принципъ.[1]) Основывать естественное право на внѣшнемъ авторитетѣ нельзя, мы при этомъ впали бы въ непримиримое противорѣчіе, ибо подъ естественнымъ правомъ понимаемъ право не какъ оно есть, а какъ оно должно быть.[2]) На внутренній авторитетъ нельзя сослаться, ибо мнѣнія и чувства людей слишкомъ различны.[3]) Слѣдовательно, надо обратиться къ утилитарному принципу—принципу наибольшаго счастія наибольшаго числа людей. Но утилитаризмъ Ричи принимаетъ не въ старой формѣ эмпирическаго утилитаризма. Онъ указываетъ главные недостатки послѣдняго и говоритъ, что утилитаризмъ надо понимать какъ соціальный утилитаризмъ, т. е. соединяя утилитарный принципъ съ эволюціонной теоріей.[4])

Въ **Италіи** эволюціонная теорія оказала довольно значительное вліяніе на философію права, хотя въ тоже время многія сочиненія по этому предмету принадлежатъ перу не только сторонниковъ исторической школы, но даже послѣдователямъ различныхъ метафизическихъ системъ. Есть тамъ такіе писатели по философіи права, которыхъ смѣло можно назвать гегеліанцами, какъ напримѣръ Бовіо;[5]) есть идеалисты, какъ напримѣръ Ліои;[6]) есть эклектики, какъ При-

---

[1]) David G. Ritchie, Natural Rights, 1895, p.p. 81—82.
[2]) O. c., p. 82.
[3]) O. c., p.p. 85, 87.
[4]) O. c., p.p. 87, 94, 95, 96, 97, 98, 99.
[5]) Bovio, Filosofia del diritto, 4-ta, ed. 1894.
[6]) Lioy, Filosofia del diritto.

ско и Карле.[1]) Есть и сторонники исторической школы, къ числу которыхъ принадлежитъ напримѣръ Вадала-Папале. Этотъ юристъ уподобляетъ происхожденіе права происхожденію языка [2]) и учитъ, что право возникаетъ безсознательно въ формѣ обычая; [3]) человѣкомъ первоначально руководитъ безсознательное правовое чувство, [4]) а затѣмъ, когда это чувство превращается въ сознаніе юридической необходимости (convinzione giuridica), тогда обычай (costume) становится обычнымъ правомъ (consuetudini). [5]) Такъ возникаетъ право, по теоріи Вадала-Папале, безсознательнымъ путемъ; борьбу же за право онъ считаетъ явленіемъ позднѣйшимъ. [6])

Другіе писатели, напротивъ, критикуютъ воззрѣнія исторической школы или, не вдаваясь въ критику, прямо высказываютъ воззрѣнія, стоящія ближе къ утилитарной теоріи, чѣмъ къ теоріи исторической школы. Пьетро Кольоло опредѣляетъ право какъ нормы соціальнаго поведенія, отличающіяся отъ другихъ нормъ соціальнаго поведенія тѣмъ, что повиновеніе имъ обезпечивается принудительными мѣрами со стороны государства. [7]) Возникаетъ право, по его мнѣнію, изъ первичнаго судебнаго рѣшенія; лишь примѣненіе въ судѣ нормъ нравственности и простыхъ обычаевъ даетъ имъ юридическую силу. [8]) Другой писатель, Бьяджіо Бруджи, указываетъ недостатки теоріи исторической школы—романтизмъ, вѣра въ спокойное, незамѣтное развитіе права; неоп-

---

[1]) G. Prisco, Principii della Filosofia del diritto, 1872; G. Carle, La vita del diritto, 1-е изданіе 1880, 2-е—1890.

[2]) Vadala-Papale, Morale e diritto nella vita, 1881, p. 158.

[3]) Vadala-Papale, Inconscio e conscio nel processo evolutivo della vita sociale e del diritto, 1895, p. 57.

[4]) O. c., p. 34.

[5]) Morale e diritto, p. 157.

[6]) Inconscio e conscio, p. 51.

[7]) P. Cogliolo, Saggi sorpa L'evoluzione del diritto privato, 1885, p. 12.

[8]) O. c., p. 19.

редѣленность понятія народнаго правосознанія. [1]) Самъ Бруджи стоитъ на утилитарной точкѣ зрѣнія, большое значеніе придаетъ факту борьбы за право и, признавая обычное право древнѣйшей формой права, высказываетъ справедливое мнѣніе, что вслѣдствіе малой пригодности этой формы права для современной жизни она постепенно вытѣсняется высшей формой права—закономъ. [2]) Фердинандъ Пулья стоитъ на точкѣ зрѣнія эволюціонизма. Онъ говоритъ, что въ своемъ приспособленіи къ внѣшнимъ условіямъ, въ борьбѣ за существованіе, люди соединяются въ общества; эгоистическія стремленія превращаются въ эго-альтруистическія; люди вступаютъ между собою въ отношенія, которыя Пулья называетъ біо-этическими (relazioni bio-etiche); эти біо-этическія взаимоотношенія по большей части представлялись необходимыми для поддержанія порядка въ человѣческомъ обществѣ, такъ что изъ нихъ образовались обычныя взаимоотношенія (consuetudini bio-etiche); когда возникла въ обществѣ власть, то нормы біо-этическія превратились въ нормы юридическія вслѣдствіе приданія имъ принудительнаго характера со стороны власти; біо-этическія потребности, регулированныя юридическими нормами, сдѣлались правами. Такимъ образомъ обычаи являются переходной ступенью между отношеніями біо-этическими и правовыми. [3]) Пулья опредѣляетъ право какъ охрану интересовъ и считаетъ принужденіе существеннымъ признакомъ права. [4]) Такъ же смотритъ Филомуси Гвельфи, признающій право за охрану интересовъ и считающій принужденіе существеннымъ его элементомъ. [5])

---

[1]) Biagio Brugi, Introduzione Enciclopedica alle Scienze giuridiche e sociali, 1891, p.p. 27, 28.

[2]) O. c., p.p. 34, 95.

[3]) F. Puglia, Saggi di Filosofia giuridica, 2-da edizione, 1892, p.p. 11–20, 52–53, 54.

[4]) O. c., p.p. 56, 59.

[5]) См. Puglia, o. c., p.p. 56, 59.

Другіе, какъ Дель Джіудиче и Скіатарелла, стоя на той же точкѣ зрѣнія, называютъ право совокупностью нормъ, необходимыхъ для поддержанія жизнеспособности соціальнаго организма.[1] Особенно ярко выступаетъ эволюціонное воззрѣніе у Пьетро Мантіа. Общество, говоритъ онъ, есть біологическое явленіе.[2] Мораль есть органическая потребность, біологическая необходимость; начиная съ нисшаго животнаго и кончая человѣкомъ, всѣ организмы живутъ и дѣйствуютъ на пользу вида; общественныя чувства развиваются какъ полезныя для вида качества; мораль какъ и всѣ другія психическія свойства человѣка, ведутъ свое начало отъ нисшихъ животныхъ.[3] Право также есть біологическая необходимость. Живая матерія должна питаться и вообще поддерживать свое существованіе общеніемъ съ внѣшнимъ міромъ.[4] Если въ этомъ встрѣчаются препятствія—наступаетъ реакція.[5] Изъ этихъ простѣйшихъ зачатковъ съ развитіемъ интеллектуальной жизни постепенно развивается право какъ все болѣе и болѣе смягчающаяся форма борьбы за существованіе.[6] Борьба за существованіе такимъ образомъ является великимъ закономъ развитія всего живущаго.[7] Миралья также высказываетъ довольно дѣльныя мысли: что право является принципомъ, устанавливающимъ гармонію въ жизни, что содержаніе его есть общая польза и что оно гарантируетъ необходимыя для жизни и развитія человѣка условія.[8] Но рядомъ съ этими вѣрными мыслями Миралья проводитъ апріористическія ни на

---

1) См. Puglia, o. c., p.p. 45, 56—57.

2) Pietro Mantia, La Psicogenesi del diritto, 1893, p. 34.

3) O. c., p.p. 52—53

4) O. c., p.p. 57, 73, 79—80.

5) O. c., p. 86.

6) O. c., p.p. 90, 91, 95, 113.

7) O. c., p. 113.

8) Miraglia, Filosofia del diritto, 2-da edizione, 1893, p.p. 171, 172, 186, 203.

чемъ не основанныя воззрѣнія — что право есть идеальный принципъ, что ни опытъ, ни разумъ не дозволяютъ принять объясненіе всего сущаго изъ понятій матеріи и энергіи, что доктрина приспособленія живыхъ существъ къ окружающей средѣ не способна уяснить этическіе феномены и т. п.[1]) Гораздо „послѣдовательнѣе Микель Анджело Ваккаро. Главная мысль его книги — право есть явленіе общественной жизни, возникающее путемъ приспособленія общества къ условіямъ жизни. Жизнь вообще есть приспособленіе отношеній внутреннихъ къ отношеніямъ внѣшнимъ; но человѣкъ видоизмѣняетъ этотъ общій законъ и приспособляетъ предметы и явленія внѣшняго міра къ удовлетворенію своихъ потребностей. Одинъ изъ главныхъ къ тому способовъ — общественная организація, коллективная борьба за существованіе.[2]) Но рядомъ съ коллективной формой борьбы за существованіе у людей сохраняется и индивидуальная борьба за существованіе, люди вступаютъ другъ съ другомъ въ борьбу; борьба эта можетъ быть внутренняя и внѣшняя, т. е. борьба между членами одной и той же группы или между цѣлыми группами, причемъ какъ тотъ такъ и другой видъ борьбы пріобрѣтаетъ все менѣе и менѣе грубыя формы.[3]) — На точкѣ зрѣнія эволюціонной теоріи стоитъ также Маріо Морассо, къ сочиненію котораго проф. Энрико Морселли написалъ предисловіе, гдѣ выясняетъ значеніе эволюціонизма для философіи права.[4])

Въ **Россіи** въ средѣ ученыхъ юристовъ преобладаютъ воззрѣнія исторической школы, но не осталось незамѣтнымъ

---

[1]) O. c., p.p. 95, 111, 133, 189.

[2]) M. A. Vaccaro, Le basi del diritto e dello stato, 1893, p.p, 4, 19. 39, 51, 61.

[3]) O. c., p.p. 62—63, 75, 101, 163, 201, 362, 363 и друг.

[4]) Mario Morasso, La evoluzione del diritto, 1893.

и вліяніе Іеринга. Проф. Ренненкампфъ въ Юридической Энциклопедіи опредѣляетъ право какъ охрану общественныхъ интересовъ и отводитъ должное мѣсто идеѣ борьбы за право; въ ученіи же объ обычномъ правѣ онъ признаетъ равно необходимыми оба элемента—фактическое соблюденіе обычнаго правила и юридическое воззрѣніе.[1]) Проф. Коркуновъ принимаетъ взглядъ Іеринга на интересъ какъ на основу права, но только опредѣляетъ право не какъ охрану интересовъ, а какъ ихъ разграниченіе,[2]) что́ не совсѣмъ справедливо уже по одному тому, что разграниченіе интересовъ не можетъ быть само себѣ цѣлью, а служитъ ни чему иному, какъ ихъ охранѣ; кромѣ того есть несомнѣнно интересы, которые охраняются безъ разграниченія ихъ съ другими интересами: напримѣръ охрана свободы мнѣній и вѣроисповѣданія; установленіе всеобщей подачи голосовъ, охрана интересовъ преподаванія узаконеніемъ назначенія профессорами только лицъ имѣющихъ ученыя степени. – Коркуновъ признаётъ великое значеніе борьбы за право и при этомъ указываетъ, что не всегда право возникаетъ путемъ борьбы, что наблюдается и безсознательное установленіе обычаевъ.[3]) Онъ правильно смотритъ на взаимоотношенія фактическаго обыкновенія и сознанія обязательности въ дѣлѣ возникновенія обычнаго права, указывая, что юридическое сознаніе является моментомъ вторичнымъ, развивающимся постепенно какъ слѣдствіе постояннаго примѣненія одинаковаго образа дѣйствій въ одинаковыхъ обстоятельствахъ.[4]) Особой прогрессивностью

---

[1]) Н. К. Ренненкампфъ, Юридическая Энциклопедія, 1889, стр. 19, 55, 60.

[2]) Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, 3-е изданіе 1894, стр. 39, 83.

[3]) О. с., стр. 117—118.

[4]) О. с., стр. 114, 293. Правильныя воззрѣнія на соотношеніе науки права съ науками естественными высказалъ Коркуновъ въ своей вступительной лекціи, см. Ж. Гр. и Уг. Пр. 1879, № 2.

отличаются воззрѣнія проф. Капустина. Несмотря на то, что книга его «Теорія права, томъ первый» вышла почти тридцать лѣтъ тому назадъ, она не только не устарѣла въ главныхъ существенныхъ чертахъ, но благодаря новѣйшимъ успѣхамъ теоріи Іеринга, даже какъ бы выиграла въ свѣжести. Проф. Капустинъ стоитъ на утилитарной точкѣ зрѣнія и притомъ не на эмпирически-утилитарной, а приближается къ эволюціонному утилитаризму. Онъ опредѣляетъ право какъ охрану благъ, интересовъ и именнно не всякихъ интересовъ каждаго даннаго лица, а интересовъ общихъ, «непосредственная связь которыхъ съ жизнью сознается ясно», такъ что «тѣмъ личнымъ стремленіямъ, которыя дѣйствуютъ на жизнь разрушительно», правовой охраны не дается. [1]) Онъ устанавливаетъ такую тѣсную связь между правомъ и нравственностью, что въ его воззрѣніяхъ ясно проглядываетъ теорія этическаго минимума. Право имѣетъ двѣ стороны -нравственную и фактическую, оно охраняетъ нравственность, оно тѣмъ совершеннѣе, чѣмъ болѣе внѣшнее подчиненіе согласуется съ общими нравственными требованіями; все что запрещается и предписывается правомъ, также запрещается и предписывается нравственностью, причемъ отличительной чертой права является его принудительный характеръ, его внѣшняя принудительность. [2]) Нравственность также имѣетъ двѣ стороны—формальную, состоящую въ добросовѣстности намѣреній, и матеріальную, требующую дѣйствій, обезпечивающихъ достиженіе благъ, какъ средствъ къ удовлетворенію требованій любви и справедливости, причемъ авторъ указываетъ зависимость содержанія нравственности отъ общественной среды. [3]) Уже въ этихъ опредѣленіяхъ права и нравственности ясно сквозитъ мысль о правѣ какъ этическомъ минимумѣ; но далѣе авторъ высказы-

---

[1]) М. Капустинъ, Теорія права, томъ первый, 1868, стр. 54; 57, 58.
[2]) О. с., стр. 78, 94 и др.; 68, 79, 81; 68, 69, 75, 82, 85.
[3]) О. с., стр. 48, 52, 40-41, 38.

вается еще опредѣленнѣе, «область нравственности обширнѣе области права», «не все предписываемое и запрещаемое нравственностью предписывается и запрещается правомъ», «нравственность всеобъемлюща[illegible]. напротивъ право [illegible] касается только ближайшихъ послѣдствій» даннаго «дѣйствія и ближайшаго намѣренія дѣятеля».[1]) Если и бываютъ столкновенія права и нравственности, если и возможно существованіе безнравственныхъ законовъ (напр. законы, изданные противъ христіанства), то такія исключенія указываютъ лишь на уклоненіе лицъ творящихъ право отъ своей прямой задачи, лишая право нравственной основы и оставляя за нимъ лишь силу внѣшнюю.[2]) Въ ученіи объ обычномъ правѣ проф. Капустинъ признаетъ приложеніе нормъ и юридическое сознаніе равно необходимыми его элементами.[3]) Воззрѣнія его на взаимоотношеніе этихъ элементовъ, на возникновеніе юридическаго сознанія— въ высшей степени правильны. Онъ указываетъ, что обычное право возникаетъ изъ дѣятельности отдѣльныхъ лицъ, направленной къ достиженію ихъ цѣлей, удовлетворенію потребностей; вслѣдствіе одинаковыхъ условій существованія, нравственной или фактической зависимости между отдѣльными членами общества, сознательнаго или безсознательнаго подражанія—извѣстный образъ дѣйствій входитъ постепенно въ привычку и «человѣкъ испытываетъ на себѣ притягательную силу того, что̀ совершается предъ нимъ, и образуетъ свой характеръ подъ впечатлѣніемъ окружающей среды, повторяя то, что дѣлаютъ другіе». Такъ возникаютъ обычаи. Нѣкоторые изъ нихъ соблюдаются съ особой настойчивостью и у лицъ, соблюдающихъ ихъ, мало по малу возникаетъ сознаніе, что дѣйствуя такъ они «охраняютъ опредѣленныя жизненныя отношенія», что̀ придаетъ этимъ обычаямъ характеръ не-

---

[1]) О. с., стр. 82, 83.
[2]) О. с., стр. 79, 84.
[3]) О. с., стр. 128, 129.

обходимости; люди начинаютъ сознавать себя въ зависимости отъ сложившагося порядка общественныхъ отношеній—это и есть юридическое сознаніе. [1]) Авторъ признаетъ обычное право «естественнымъ переходомъ не-юридическихъ отношеній въ юридическія» [2]) и указываетъ, что съ теченіемъ времени обычное право въ силу присущихъ ему недостатковъ—именно «преобладанія фактическаго элемента, а слѣдовательно вліянія личныхъ взглядовъ и потребностей», почему нерѣдко «разумъ права смѣшивается съ уклоненіями отъ него»—постепенно вытѣсняется болѣе совершенной формой права—закономъ. [3])— Сторонниками воззрѣній Іеринга являются проф. Гамбаровъ [4]) и Муромцевъ. Послѣдній въ многочисленныхъ книгахъ и статьяхъ развиваетъ идеи о борьбѣ за право, о необходимой затратѣ психическаго труда въ дѣлѣ образованія права [5]), рельефно обрисовываетъ значеніе казуальнаго творчества для возникновенія и развитія права, [6]) признаетъ, что въ періоды развитаго государственнаго быта законъ есть важнѣйшая форма права, [7]) и правильно смотритъ на взаимоотношеніе права и нравственности. [8])—Проф. Пахманъ также до извѣстной степени признаетъ вѣрность Іеринговскихъ воззрѣній, хотя и не вполнѣ. Онъ совершенно присоединяется къ мнѣніямъ Іеринга, что «цѣль есть творецъ права» и что

---

[1]) О. с., стр. 105, 124, 125, 128, 129.

[2]) О. с., стр. 131.

[3]) О. с, стр. 131, 137.

[4]) Ю. С. Гамбаровъ, Общественный интересъ въ гражданскомъ правѣ, Юр. В., т. IX (1879); „Добровольная и безмездная дѣятельность въ чужомъ инт ресѣ", в 1, 1879.

[5]) С. Муромцевъ, Образованіе права 1886, стр. 27 и слѣд.; Очерки общей теоріи Гражданскаго права, 1877, стр. 232.

[6]) Образованіе права, стр. 24—25; Творческая сила юриспруденціи, Ю. В. т. XXV (1887) стр, 112.

[7]) Опредѣленіе и основное раздѣленіе права, 1879, стр. 69. примѣч.

[8]) Опредѣленіе, стр. 154—155; 171, 175; Право и справедливость, Сѣв. Вѣстникъ, 1892, Февраль.

«правомъ защищаются тѣ или другіе интересы»[1], но съ другой стороны не соглашается опредѣлить право какъ охрану интересовъ, а опредѣляетъ его какъ признаніе за человѣкомъ извѣстной мѣры свободы; если принять опредѣленіе права какъ охраны, защиты интересовъ, то придется допустить, будто права существуютъ лишь въ формѣ судебной защиты.[2]) Съ этимъ взглядомъ проф. Пахмана мы не можемъ согласиться. Организованная защита права можетъ быть и не судебная, а напримѣръ административная, полицейская; затѣмъ она можетъ быть и не организованная—какъ воздѣйствіе цѣлаго общества, напримѣръ въ обычномъ правѣ, на первыхъ ступеняхъ культуры; наконецъ, одно признаніе извѣстныхъ нормъ еще не создаетъ права—напримѣръ, законъ не снабженный достаточною санкціей, можетъ и не соблюдаться, равно какъ нормы обычнаго права, несмотря на признаніе ихъ всѣмъ населеніемъ, могутъ отмѣняться закономъ.

Противъ односторонности воззрѣній исторической школы на обычное право высказался и проф. С е р г ѣ е в и ч ъ.[3]) Критикуя воззрѣнія Пухты на природу обычнаго права, онъ обращаетъ вниманіе, что воззрѣнія Пухты, несмотря на его принадлежность къ исторической школѣ, должны считаться *не историческими.* Пухта былъ сторонникъ мнѣнія Савиньи, что право развивается исторически, но историческими изслѣдованіями не занимался, почему и впалъ въ ошибочную односторонность, полагая что обычное право создается общимъ народнымъ правовымъ убѣжденіемъ и что государственная власть и юристы, создавая право, дѣйствуютъ лишь какъ органы народа.—Между тѣмъ, говоритъ проф. Сергѣевичъ, исторія учитъ насъ совершенно иному. Историческіе памятники

---

[1]) С. В. Пахманъ, О современномъ движеніи въ наукѣ права, Ж. Гр. и Уг. Права, 1882 г., № 3, стр. 21.

[2]) О. с., стр. 23, 31.

[3]) В. Сергѣевичъ, Опыты изслѣдованія обычнаго права, Наблюдатель, 1882, Январь и Февраль.

древнѣйшихъ временъ не знаютъ обычаевъ, которые были бы дѣйствующимъ правомъ цѣлаго народа; они имѣютъ дѣло съ дробными обычаями отдѣльныхъ мѣстностей. Напримѣръ, нашъ русскій начальный лѣтописецъ различаетъ обычаи полянъ отъ обычаевъ древлянъ; у радимичей, вятичей и сѣверянъ онъ находитъ одинъ обычай, но этотъ обычай отличается отъ обычая полянъ и древлянъ. Тоже самое было и въ древней Германіи. Каждое племя жило и судилось на основаніи своего племеннаго права и этотъ порядокъ существовалъ еще въ началѣ среднихъ вѣковъ. Древніе источники не знаютъ обще-германскаго права, имъ извѣстно только право отдѣльныхъ племенъ—франковъ салическихъ, рипуарскихъ и др. Во Фландріи до самаго присоединенія ея къ Французской республикѣ не было общаго обычнаго права, а лишь мѣстныя права.—Между обычными правами отдѣльныхъ племенъ встрѣчаются нѣкоторыя сходства въ частностяхъ. Но такія отдѣльныя сходства, замѣчаетъ авторъ, можно найти и между правами совершенно различныхъ народовъ. Эти сходства слѣдовательно нельзя выводить изъ единства народнаго духа

Съ дальнѣйшимъ ходомъ исторіи право отдѣльныхъ германскихъ племенъ объединяется, но это объединеніе вовсе не есть слѣдствіе возникновенія самостоятельнаго обще-германскаго права; оно достигнуто путемъ побѣды племеннаго права салическихъ франковъ надъ правами другихъ германскихъ племенъ. И дѣйствительно—вѣдь мы не можемъ говорить о правовомъ сознаніи цѣлаго народа, объ убѣжденіяхъ цѣлаго племени, какъ о чемъ-то отличномъ отъ индивидуальныхъ убѣжденій. Для этого нужно объективировать понятіе народнаго духа, какъ сдѣлалъ Пухта. На самомъ дѣлѣ существуетъ лишь индивидуальное правосознаніе отдѣльныхъ людей и народное правосознаніе есть лишь сумма индивидуальныхъ сознаній. Поэтому обычное право можно выводить только изъ индивидуальнаго правосознанія. Происхожденіе же общихъ нормъ объясняется наличностью особыхъ благопріятныхъ для

этого условій: «Разные люди при единствѣ интересовъ и сходствѣ условій жизни могутъ въ одинаковыхъ случаяхъ поступать одинаково. Если условія дѣятельности этихъ людей въ теченіи болѣе или менѣе продолжительнаго времени остаются тѣже, является послѣдовательный рядъ одинаковыхъ дѣйствій въ одинаковыхъ случаяхъ». «Первоначально эти одинаковыя дѣйствія дѣйствительно выражаютъ волю совершающихъ ихъ лицъ, но по мѣрѣ ихъ накопленія они сами начинаютъ оказывать давленіе на волю и опредѣлять ея направленіе». Тутъ дѣйствуетъ и желаніе быть всегда вѣрнымъ себѣ, и подражаніе примѣру другихъ, и уваженіе къ памяти предковъ, такъ поступавшихъ. Такіе взгляды выражаются напримѣръ въ русскихъ пословицахъ — «какъ люди, такъ и мы», «не нами уставлено, не нами и переставится» и т. д.

Но есть и другія пословицы, продолжаетъ проф. Сергѣевичъ, ясно подтверждающія соображенія о возникновеніи обычнаго права въ видѣ обычаевъ частныхъ, имѣющихъ мѣстный характеръ. Русскому народу не чуждо сознаніе мѣстнаго и временнаго значенія обычнаго права. Таковы пословицы — «что городъ то норовъ, что деревня то обычай», «у Сидора обычай, а у Карпа свой», «на обыкъ есть перевыкъ», «быкъ, да и тотъ отвыкъ».

Въ заключеніе настоящей, историко-критической, части нашей книги сдѣлаемъ въ двухъ словахъ тѣ выводы, къ которымъ приводитъ насъ это краткое историческое обозрѣніе судебъ общей теоріи права по ученіямъ исторической школы и новаго реалистическаго направленія.

Историческая школа отвергла идею естественнаго, вѣчнаго и неизмѣннаго, права съ одной стороны и идею произвольнаго установленія права — съ другой. Право, по ученію

исторической школы, развивается какъ растеніе изъ зерна постепенно и незамѣтно, подобно языку, искусству и другимъ сторонамъ народной жизни, историческимъ путемъ; источникомъ права является общее правовое убѣжденіе цѣлаго народа или его органической части, какъ нѣкоторые говорятъ—народный духъ; это народное правовое убѣжденіе выражается или непосредственно въ обычномъ правѣ или посредственно, черезъ особые органы, въ законодательствѣ и правѣ юристовъ; опредѣленіе понятія права учеными исторической школы дается обыкновенно формальное, исходящее изъ апріорнаго принципа свободной воли.

Новое, реалистическое, Іеринговское, направленіе въ философіи права наоборотъ кладетъ въ основу опредѣленія права утилитарное понятіе интереса, благодаря чему избѣгаетъ многихъ недостатковъ ранѣе господствовавшаго формальнаго опредѣленія.

Новое направленіе, обративъ вниманіе на нѣкоторый апріоризмъ въ ученіи исторической школы о народномъ правовомъ убѣжденіи, подвергло эту теорію народнаго убѣжденія всесторонней критикѣ и вызвала сильное сомнѣніе въ вопросѣ о самомъ существованіи народнаго правоваго сознанія или убѣжденія, способствующее установленію правильнаго воззрѣнія на этотъ признакъ права.

Новое направленіе указало на романтизмъ исторической школы, выразившійся въ мнѣніи, будто право развивается незамѣтно, легко и свободно въ нѣдрахъ народной жизни изъ глубины народнаго духа, причемъ нѣкоторые ученые исторической школы понимали народный духъ какъ общность психическихъ свойствъ у членовъ даннаго народа, другіе же прямо ипостазировали этотъ народный духъ. Сторонники реалистическаго направленія доказали, что право развивается путемъ затраты массы психическаго труда, часто въ жестокой борьбѣ интересовъ, путемъ казуальнаго творчества, и что этотъ процессъ развитія права надо понимать не какъ онтогенетиче-

скій, подобный развитію организма изъ зародыша, а какъ филогенетическій, въ которомъ мы наблюдаемъ дѣйствіе законовъ міроваго процесса эволюціи, но не улавливаемъ никакаго предустановленнаго плана.

Наконецъ, новое направленіе указало на слишкомъ одностороннее увлеченіе исторической школы обычнымъ правомъ и обратило вниманіе на законъ, поставивъ его не только рядомъ съ обычнымъ правомъ, но и выяснивъ, что въ настоящее время при современныхъ условіяхъ жизни законъ является преобладающей, высшей, формой права. Вслѣдствіе этого новое направленіе выдвинуло впередъ понятіе силы какъ необходимаго элемента права, понимая этотъ элементъ въ настоящую эпоху исключительно какъ силу государственной власти.

За исторической школой несомнѣнно останется навсегда великая заслуга—она твердо установила въ наукѣ законъ постепеннаго историческаго развитія права и впервые обратила вниманіе на обычное право, какъ на первоначальную, и въ этомъ смыслѣ основную, форму права.

Но во многомъ воззрѣнія исторической школы оказываются уже устарѣлыми и ошибочными и на смѣну общей теоріи права исторической школы приходитъ новая утилитарно-эволюціонная философія права.

Часть III

КРИТИКО-ДОГМАТИЧЕСКАЯ.

ВСТУПЛЕНІЕ.

Общія замѣчанія о формахъ права.

Собранный въ первыхъ двухъ частяхъ нашего изслѣдованія матеріалъ даетъ намъ возможность сдѣлать попытку построенія общей утилитарно-эволюціонной теоріи права.

Право есть общественный порядокъ, представляющій собою охрану, со стороны общества, интересовъ какъ отдѣльныхъ лицъ и группъ индивидуумовъ, такъ и всего общества въ цѣломъ. Право, какъ общественный порядокъ, представляетъ изучающему его двѣ стороны: съ одной стороны оно является совокупностью нормъ, регулирующихъ взаимоотношенія людей въ обществѣ—это право въ объективномъ смыслѣ, объективное право; съ другой стороны оно является властью или господствомъ извѣстныхъ лицъ надъ объектами внѣшняго міра и человѣческими дѣйствіями—это будетъ право въ субъективномъ смыслѣ, субъективное право.

Въ настоящемъ нашемъ изслѣдованіи мы занимаемся исключительно объективнымъ правомъ, такъ какъ выяснить природу субъективнаго права можно лишь тогда, когда ученіе объ объективномъ правѣ является уже твердо обоснованнымъ. Теорія субъективнаго права представляется не менѣе важнымъ вопросомъ философіи права, чѣмъ теорія права объективнаго, и можетъ доставить матеріалъ еще для цѣлой книги, служить предметомъ цѣлаго спеціальнаго изслѣдованія.

Право объективное имѣетъ въ настоящее время двѣ формы, два источника—обычное право и законъ. Право юри-

стовъ нынѣ не можетъ считаться особымъ самостоятельнымъ источникомъ права. Подъ правомъ юристовъ можно понимать двоякаго рода источникъ права—или мнѣніе ученыхъ юристовъ, communis opinio doctorum; или судебную практику. Право юристовъ въ видѣ мнѣнія ученыхъ въ настоящее время не существуетъ, такъ какъ подобныя мнѣнія сами по себѣ обязательной силы имѣть не могутъ и на самомъ дѣлѣ не имѣютъ; въ этомъ всѣ современные ученые между собою согласны. [1]) Право юристовъ какъ судебная практика несомнѣнно существуетъ, дѣйствуетъ и развивается; но въ этой формѣ право юристовъ есть ничто иное, какъ судебный обычай, совмѣщающій въ себѣ всѣ признаки обычнаго права—это нормы, возникающія непосредственно среди жизненныхъ отношеній, для урегулированія ихъ въ извѣстныхъ конкретныхъ случаяхъ, и примѣняющіяся съ сознаніемъ юридической необходимости—и потому оно должно считаться видомъ обычнаго права. Въ этомъ также большинство современныхъ юристовъ согласны между собою. [2]) Есть впрочемъ и несогласные съ этимъ воззрѣніемъ на томъ основаніи, что судебная практика возникаетъ не въ видѣ простаго обыкновенія, а непосредственно въ видѣ нормы права, основывающейся на сознаніи ея юридической необходимости; и что судебные обычаи, создаваясь не *обществомъ*, а *учрежденіемъ*, принимаютъ прямо форму юридической нормы и излагаются на письмѣ, между

---

[1]) См. напримѣръ—O. Gierke, Deutsches Privatrecht, I, S. 181; Ed. Hölder, Pandekten, S.S. 37—38; F. Regelsberger, Pandekten, S.S. 108 109; Wächter, Pandekten, I, S.S. 111, 113; Unger, System, I, S. 43.

[2]) Напримѣръ—B. Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, 5-te Aufl., I, S.S. 44, 49; Ed. Hölder, Pandekten, S.S. 37—38; Dernburg, Pandekten, S. 63; Unger, System, I, S. 42; Gierke, D. Pr.—R., I, S 127: онъ говоритъ, что народное право (Volksrecht) плюсъ судебная практика (Juristenrecht) образуютъ неписаное право, ungesetzte Recht.

Изъ старыхъ писателей такъ смотрѣли напримѣръ—Пухта, Pandekten, S. 27; Instit., I, S. 23. C. G. Wächter, Beitrag zu der Lehre vom Gerichtsgebrauche, Arch. f. civil. Praxis, 23 Bd. (1840), S. 43.

тѣмъ какъ нормы обычнаго права познаются только изъ фактовъ ихъ примѣненія. [1])

Но эти отличія судебныхъ обычаевъ отъ обычнаго права не могутъ считаться существенными. Не всегда, какъ увидимъ ниже, обычное право возникаетъ изъ простаго обыкновенія, безъ сознанія юридической необходимости: обычное право можетъ возникать изъ первичнаго судебнаго рѣшенія, въ которомъ юридическое сознаніе несомнѣнно всегда имѣется налицо. Затѣмъ, вѣдь и обычное право можетъ принимать форму абстрактныхъ нормъ, если не на письмѣ, то всетаки въ формѣ ясныхъ и точныхъ юридическихъ пословицъ.

Впрочемъ проф. Коркуновъ склоненъ признать судебные обычаи за переходную ступень между обычнымъ правомъ и закономъ—и съ этимъ можно согласиться. Дѣйствительно, судебные обычаи являются видомъ обычнаго права, по своимъ особенностямъ (письменная форма, авторитетъ власти) нѣсколько приближающимся къ закону.

Признавая право юристовъ, иначе—судебную практику, за видъ обычнаго права, мы ставимъ её въ одну категорію съ указомъ—въ категорію вспомогательныхъ нормъ права. Указъ есть видъ нормъ, издаваемыхъ государственной властью; [2]) судебная практика есть видъ обычнаго права.

Установивъ такимъ образомъ, что формъ права существуетъ лишь двѣ—законъ и обычное право—мы переходимъ къ ихъ изученію и въ дальнѣйшемъ изложеніи постараемся опредѣлить ихъ природу и свойства, выяснить ихъ отношеніе какъ соціальныхъ нормъ къ другимъ видамъ таковыхъ, а затѣмъ попытаемся въ связномъ очеркѣ въ догматической формѣ дать общую теорію объективнаго права.

---

[1]) Напр. Коркуновъ, Лекціи, стр. 295—296.
[2]) Коркуновъ, Указъ и Законъ, 1894, стр. 227—288.

Глава 13-я.

Обычное право.

Неписаное право, которое самостоятельно развивается и дѣйствуетъ въ массѣ народа, называется обычнымъ правомъ. Со временъ Савиньи, и особенно Пухты, обычное право составляетъ главный предметъ изученія писателей исторической школы, когда они занимаются общей теоріей права. И несмотря на это, въ наукѣ господствуетъ полнѣйшее разногласіе по вопросу о признакахъ обычнаго права, о его происхожденіи и объ источникѣ его обязательной силы. Мы отмѣтимъ лишь главнѣйшія различія въ этихъ воззрѣніяхъ, всѣ различныя теоріи, для удобства ихъ разсмотрѣнія, сведемъ къ тремъ типичнымъ группамъ и разсмотримъ въ отдѣльности ихъ достоинства и недостатки.

А. Теорія соизволенія.

Сторонники этой теоріи [1]) видятъ источникъ обязательности нормъ обычнаго права въ явно выраженномъ или мол-

---

[1]) Кромѣ указанныхъ Циттельманомъ, Gewohnheitsrecht und Irrthum, Arch. f. Civ. Pr. 66 Bd. (1883), S. 361, писателей (изъ старыхъ Hübner, V. A. Wagner, C. F. E Schmid, Gesterding, изъ болѣе новыхъ Kierulff, Bruns, R. Schmid) сюда относятся—Volgraff, Staats und Rechtsphilosophie, S.S. 411–412; Gareis, Encyclopaedie. S. 42; Herzfelder, Gewalt und Recht, S. 149; Hagens, Staat, Recht und Volksrecht, S. 18; Aubry et Rau, Cours,

чаливомъ соизволеніи государственной власти на примѣненіе нормъ обычнаго права.

Несостоятельность этой теоріи очевидна—она опровергается фактами. Со временъ Савиньи всѣ ученые единогласно признаютъ, что обычное право есть болѣе ранняя форма права, чѣмъ законъ; разъ же обычное право можетъ существовать при полномъ отсутствіи закона, а слѣдовательно и законодательной власти, то ясно, что соизволеніе этой власти не является существеннымъ признакомъ обычнаго права. Другое обстоятельство, опровергающее теорію соизволенія, заключается въ фактѣ возможности отмѣны постановленій закона силою обычнаго права. [1])

Въ виду этихъ соображеній мы должны отвергнуть теорію соизволенія.

B. Теорія правоваго убѣжденія.

Ученыхъ, которые источникъ обязательной силы нормъ обычнаго права видятъ въ народномъ правовомъ убѣжденіи, можно бы раздѣлить на нѣсколько категорій—такихъ, которые объективируютъ народный духъ и полагаютъ, что обычное право есть непосредственное созданіе народнаго духа;

---

p. 43—44; F. Mourlon, Répétitions, I, p. 9; C. Demolombe, Cours, p.p. 36, 37; J. Oudot, Premiers essais, p. 66; M. Eschbach, Cours, p. 72; A. M. Demante, Cours, I, p. 5; Pradier-Fodéré, Principes, p. 14; P. Namur, Encycl. p. 16; Д. Гриммъ, Ж. М. Ю., 1896, Іюнь, Къ вопросу о понятіи и источникѣ обязательности юридическихъ нормъ, стр. 149—150.

[1]) Примѣры см. у Зейца, Die praktische Rechtsschule, S.S. 533—534. Также смотрять: Böcking, Pandekten, S. 17; Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand.-R., I, S. 101; O. Bähr, Der Rechtsstaat, S. 16; Zrodlowski, Röm. Priv.-Recht, I, S.S. 15, 19; A. Sturm, Kampf, S. 23; Dernburg. Pand., S.S. 62, 63; F Regelsberger, Pand., S. 105; O Gierke, D. Pr.-R., I, S. 173; Fr. Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Arch. für die civil. Praxis, 69 Bd. (N. F. 19 Bd.), 1886, S. 297; O. Wendt, Rechtssatz und Dogma, Theorie und Praxis, Jahrb. f. Dogm., 22 Bd. (N. F. X Bd.), 1884, S. 328; Stobbe, Handb. d. D. Pr.-R., I, S. 174.

такихъ, которые не объективируютъ народный духъ и источникомъ обязательности обычнаго права признаютъ общее правовое убѣжденіе, причемъ содержаніе этого убѣжденія по ихъ мнѣнію состоитъ въ увѣренности, что данная норма обычнаго права *есть* правовая норма; и такихъ, которые смотрятъ такъ же, какъ предидущіе, но содержаніемъ народнаго убѣжденія считаютъ мнѣніе, что данная норма обычнаго права *должна быть* правовою нормой.

Мы не будемъ однако классифицировать сторонниковъ теоріи народнаго правоваго убѣжденія по причинамъ, которыя совершенно уяснятся ниже, теперь же мы должны ограничиться лишь общими замѣчаніями, касающимися этой теоріи безъ различія въ мнѣніяхъ признающихъ её ученыхъ.[1])

Прежде всего—мы уже видѣли, что объективировать народный духъ нельзя, такъ что сами сторонники теоріи народнаго убѣжденія въ настоящее время окончательно отказались отъ подобныхъ взглядовъ. Затѣмъ, если мы пожелаемъ дать себѣ отчетъ—каково содержаніе этого народнаго убѣжденія, то тотчасъ натолкнемся на непреодолимыя затрудненія: народное убѣжденіе не можетъ состоять ни въ мнѣніи, что данная норма обычнаго права *есть* норма права, ни въ мнѣніи, что она *должна быть* нормой права. Мы уже познакомились съ этимъ вопросомъ при разсмотрѣніи мнѣній Р. Шмида и Циттельмана и въ этомъ отношеніи совершенно съ ними соглашаемся.

Если принять за источникъ обязательности обычнаго права убѣжденіе, что данная норма *есть* норма права, то должно будетъ заключить, что обычное право всегда происходитъ въ силу ошибки—чтобы возникло обычное право люди должны быть убѣждены, что оно уже существуетъ. А такое

---

[1]) Многіе вмѣсто термина „народное правовое убѣжденіе" говорятъ „общая воля"; напримѣръ—Ahrens, Encycl., S.S. 76—77, 80; Dernburg, Pand., S. 43; Scheurl, Instit., S. 2. Но смыслъ остается тотъ же.

предположеніе есть конечно нелѣпость. Правда, исторія даетъ намъ примѣры обоснованія обычнаго права на ошибочномъ убѣжденіи, что данныя нормы примѣняются въ силу закона (напримѣръ, рецепція римскаго права въ Германіи); правда, въ дальнѣйшемъ изложеніи мы будемъ имѣть случай убѣдиться, что ошибка не служитъ препятствіемъ къ образованію обычнаго права—но тѣмъ не менѣе мы не можемъ утверждать, что обязательность нормъ обычнаго права всегда основывается на ошибкѣ—этому противорѣчатъ факты. Хотя бы напримѣръ возникновеніе судебныхъ обычаевъ, какъ вида обычнаго права, не можетъ быть сведено къ ошибкѣ; равнымъ образомъ есть множество нормъ обычнаго права, какъ напримѣръ торговые обычаи, возникновеніе которыхъ можно прослѣдить въ исторіи и доказать, что ни на какой ошибкѣ они не основываются.—Все это заставляетъ насъ отвергнуть мысль, будто содержаніе народнаго правоваго убѣжденія заключается въ мнѣніи, что данныя нормы *суть* нормы обычнаго права.

Если, съ другой стороны, мы предположимъ, что содержаніе народнаго правоваго убѣжденія заключается въ желаніи, чтобы данныя нормы *сдѣлались* нормами обычнаго права,—то и такое предположеніе окажется не выдерживающимъ никакой критики. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что люди, примѣняющіе нормы обычнаго права, чувствуютъ себя связанными этими нормами. Этого не отрицаютъ даже и тѣ ученые, которые вообще не признаютъ правовое убѣжденіе существеннымъ признакомъ обычнаго права. Напримѣръ Цительманъ, какъ мы видѣли, разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: такъ какъ есть нормы обычнаго права, которыя примѣняются безъ правоваго убѣжденія, то и для остальныхъ нормъ обычнаго права признакъ правоваго убѣжденія является несущественнымъ. [1]) Слѣдовательно за другими нормами, кромѣ

---

[1]) См. выше, стр. 158.

указанныхъ нѣкоторыхъ, Циттельманъ признаетъ признакъ правоваго убѣжденія, допускаетъ, что примѣняющія ихъ лица чувствуютъ себя этими нормами связанными. Да это подтверждаетъ намъ и повседневной опытъ—лица примѣняющія нормы обычнаго права несомнѣнно чувствуютъ себя *обязанными* ихъ исполнять.—Если же это такъ, то само собою разумѣется, что разбираемое воззрѣніе на содержаніе правоваго убѣжденія мы должны отвергнуть—разъ человѣкъ чувствуетъ себя данной нормой связаннымъ, то это его правовое убѣжденіе не можетъ быть мнѣніемъ, что эта норма *должна быть* правомъ, такъ какъ подобный взглядъ предоставлялъ бы ему полную свободу примѣнять или не примѣнять такую норму; изъ простаго намѣренія никогда не можетъ возникнуть обязательная норма.

Такія, и подобныя, соображенія привели нѣкоторыхъ писателей къ отрицанію за народнымъ убѣжденіемъ значенія существеннаго признака обычнаго права.

C. Теоріи отрицающія народное правовое убѣжденіе.

Персонифицированіе народнаго духа со стороны нѣкоторыхъ ученыхъ исторической школы и невозможность точно опредѣлить содержаніе народнаго правоваго убѣжденія въ обычномъ правѣ привели нѣкоторыхъ ученыхъ къ мысли обосновать обязательность нормъ обычнаго права исключительно на практическомъ ихъ примѣненіи. [1]) Были замѣчены факты возникно-

---

[1]) Кромѣ Адикеса, Циттельмана и Френцеля, взгляды которыхъ нами подробно разобраны, тѣ же воззрѣнія вкратцѣ высказываютъ—Reinhold Schmid, Th. u. Meth. d. bürg. Rechts, S. 216; Kierulff, Th. d. gem Civ.-R., I, S. 9, Anm. *); Baron, Pand., S. 12—13 (отчасти); Zrodlowski, Röm. Pr.-R., 1, S. 33; Stintzing, Macht und Recht, S.S. 9—10; A. Sturm, Kampf, S. 6; Derselbe, Gewohnheitsrecht und Irrthum, S. 23.

венія обычнаго права изъ фактическаго примѣненія нормъ безъ народнаго правоваго убѣжденія, изъ простыхъ обычаевъ, такъ что правовое убѣжденіе представлялось явленіемъ вторичнымъ, возникало вслѣдствіе долгаго фактическаго примѣненія нормъ. Къ этому присоединилось еще то обстоятельство, что нѣкоторые ученые во многихъ нормахъ обычнаго права (напримѣръ въ нормахъ, опредѣляющихъ сроки, число свидѣтелей и т. п.) отказываются видѣть наличность правоваго убѣжденія. Отсюда и вытекаетъ мнѣніе, будто народное правовое убѣжденіе есть не существенный, а до извѣстной степени случайный признакъ обычнаго права.

Однако подобное воззрѣніе также вызываетъ весьма серьезныя возраженія.

Во первыхъ, во всѣхъ нормахъ обычнаго права, которыя приводятся сторонниками разбираемаго воззрѣнія въ примѣръ отсутствія правоваго убѣжденія, — или несомнѣнно можетъ быть доказана наличность правоваго убѣжденія или эти нормы могутъ считаться дополненіемъ, развитіемъ другихъ нормъ, для которыхъ правовое убѣжденіе не оспаривается никѣмъ.

Въ примѣръ нормъ, характеризующихся отсутствіемъ правоваго убѣжденія, приводятъ—нормы обычнаго права, устанавливающія сроки, число свидѣтелей и другія числовыя отношенія; устанавливающія форму сдѣлокъ; право динспенсаціи, въ нѣкоторыхъ государствахъ основывающееся на обычномъ правѣ; требованіе внесенія разныхъ залоговъ; международные обычаи касающіеся платы за право эмиграціи и т. п.

Если мы разсмотримъ всѣ эти примѣры [1]), то найдемъ полное подтвержденіе только что выраженному мнѣнію о наличности правоваго убѣжденія во всѣхъ подобныхъ случаяхъ.

Установленіе сроковъ, числа свидѣтелей и другихъ числовыхъ отношеній—какъ закономъ, такъ и обычаемъ—часто сопровождается яснымъ юридическимъ сознаніемъ. Въ процес-

---

[1]) Приведенные у Адикеса, Циттельмана и др.

суальномъ правѣ, не говоря уже о срокахъ напримѣръ поверстныхъ, установленіе различныхъ сроковъ представленія возраженій и обжалованія сообразуется съ сознаніемъ необходимости дать сторонѣ минимумъ (чтобы не затягивать процессъ) времени, необходимаго на обдуманіе обстоятельствъ дѣла и составленіе нужной бумаги; съ степенью важности дѣла и съ степенью близости рѣшенія обжалуемой инстанціи къ окончательному рѣшенію. Тоже можно сказать о различныхъ давностныхъ срокахъ. Равнымъ образомъ указаніе числа свидѣтелей напр. при составленіи завѣщанія вовсе не случайно, а является гарантіей противъ возможности составить завѣщаніе, не согласное съ волей завѣщателя или прямо подложное.—Если же и найдутся иногда числовыя постановленія, гдѣ нельзя уловить правоваго сознанія, то въ подобныхъ случаяхъ юридическое сознаніе заключается въ необходимости установить извѣстныя отличія, а числовое опредѣленіе является просто технической подробностью.

Установленіе извѣстной формы сдѣлокъ имѣетъ въ виду, также какъ и установленіе различныхъ сроковъ, интересы сторонъ—опредѣленная болѣе или менѣе сложная форма сдѣлки гарантируетъ ее прочность, подлинность и вѣрность выраженія воли контрагентовъ, безошибочность ихъ намѣреній. Тоже можно сказать о внесеніи разныхъ залоговъ—это охраняетъ интересы опредѣленнаго круга лицъ. Опредѣленіе различныхъ условныхъ знаковъ, цвѣта сигнальныхъ огней и т. п., конечно само по себѣ не можетъ быть объектомъ юридическаго сознанія, но оно отвѣчаетъ потребности установить разъ на всегда извѣстныя, хотя бы условныя, отношенія для охраны интересовъ извѣстныхъ лицъ въ опредѣленныхъ случаяхъ, т. е. слѣдовательно и здѣсь наличность правоваго убѣжденія ясна.

Право диспенсаціи зиждется несомнѣнно на юридическомъ сознаніи: summum jus, summa injuria, право ссомнѣнно является измѣнчивымъ и допускающимъ исключенія ради чисто конкретныхъ индивидуальныхъ условій; и вотъ этимъ требо-

ваніямъ такъ называемой справедливости и должно удовлетворять право диспенсаціи, для того чтобы не оправдывалась жестокая юридическая поговорка—fiat justitia, pereat mundus.

Постановленія, касающіяся платежа денегъ за право эмиграціи, основываются также несомнѣнно на сознаніи юридической необходимости вознаградить данное государство хотя бы отчасти за ущербъ, наносимый ему утратою подданнаго.

Даже такія произвольныя повидимому положенія, какъ выдача нашедшему извѣстной части стоимости находки, основываются на юридическомъ сознаніи необходимости по возможности безобидно разграничить находящіеся въ состояніи конфликта интересы нашедшаго и собственника находки.

Во вторыхъ, отрицая за обычнымъ правомъ признакъ правоваго убѣжденія, мы тѣмъ самымъ уничтожаемъ всякую разницу между нормами обычнаго права и простыми обычаями и даже требованіями моды—и тѣ и другіе и третьи имѣютъ одинаковое фактическое примѣненіе. Однако кромѣ Френцеля, несостоятельность воззрѣній котораго смѣю думать нами ясно доказана, никто изъ сторонниковъ отрицанія за обычнымъ правомъ признака правоваго убѣжденія не рѣшился уничтожить границу между обычнымъ правомъ и простымъ обычаемъ, не рѣшился объявить, что нормы обычнаго права и простые обычаи, обыкновенія,—одно и тоже; разница между этими явленіями соціальной жизни слишкомъ ясно чувствуется, чтобы её можно было игнорировать. Надо лишь доискаться—въ чемъ же лежитъ это различіе, какіе признаки отличаютъ обычное право отъ обычаевъ?

Предидущее изложеніе привело насъ къ неразрѣшимому, повидимому, противорѣчію. Мы не могли опредѣлить ясно и точно содержаніе народнаго правоваго убѣжденія и потому затруднились признать его необходимымъ признакомъ обычнаго права; но съ другой стороны мы видимъ, что и обосно-

ваніе обязательности нормъ обычнаго права исключительно на фактическомъ ихъ примѣненіи также не выдерживаетъ критики. Какъ же выйти изъ этого затрудненія, какъ разрѣшить эту дилемму?

Все дѣло въ томъ, что нельзя думать, будто народное правовое убѣжденіе имѣетъ такое содержаніе, которое могло бы быть ясно и точно формулировано. Народное правовое убѣжденіе большею частью въ высшей степени туманно и неясно. Особенность обычнаго права состоитъ въ томъ, что создавая его—народъ создаетъ не абстрактныя нормы, а примѣняетъ извѣстный порядокъ дѣйствій. Такъ какъ въ сознаніи народа, живущаго сообразно обычному праву, нѣтъ нормъ, то конечно нѣтъ ни убѣжденія, что данныя нормы *суть* право, ни мнѣнія, что эти нормы *должны быть* правомъ. Народъ примѣняетъ нормы обычнаго права безсознательно, практикуя извѣстный порядокъ взаимоотношеній и имѣя твердое сознаніе, что такъ поступать надо, что такъ дѣлать хорошо, справедливо, что иначе нельзя и т. д. Чтобы убѣдиться въ этомъ стоитъ лишь обратиться къ ознакомленію съ правовымъ убѣжденіемъ въ области обычнаго права напримѣръ у русскаго народа, что и будетъ нами сдѣлано ниже. Наконецъ, если уже для *нѣкоторыхъ* нормъ мы никакъ не сумѣли-бы подыскать соотвѣтствующаго правоваго убѣжденія, то это еще не можетъ заставить насъ отвергать этотъ признакъ за *всѣми* нормами обычнаго права. Мы могли бы, напротивъ, за этими лишенными правоваго убѣжденія нормами отвергнуть характеръ обычнаго права и признать ихъ простыми обычаями. Это было бы гораздо проще и логичнѣе, чѣмъ признавая ихъ во чтобы то ни стало нормами обычнаго права, отвергать ради нихъ за этимъ правомъ тотъ признакъ, который является его единственнымъ отличіемъ отъ простыхъ обычаевъ. Но вамъ не нужно прибѣгать къ этому вполнѣ естественному и логичному выходу изъ затрудненія: какъ мы видѣли ранѣе и какъ будемъ имѣть случай окончательно убѣ-

диться позже, между простыми обычаями и обычнымъ правомъ нѣтъ рѣзкой границы; нормы обычнаго права могутъ возникать изъ простыхъ обычаевъ, постепенно пріобрѣтая признакъ правоваго убѣжденія. А если это такъ, то значитъ между простыми обычаями, основывающимися исключительно на фактическомъ примѣненіи, и нормами обычнаго права, примѣняемыми съ сознаніемъ юридической необходимости, есть переходныя ступени и всякая норма, наличность правоваго убѣжденія для которой сомнительна, должна быть отнесена къ категоріи такихъ переходныхъ формъ, стоящихъ то ближе къ обычному праву, то къ обычаямъ. Въ мірѣ нѣтъ рѣзкихъ границъ между явленіями и всякая классификація всегда болѣе или менѣе искусственна. Какъ въ наукахъ біологическихъ истинный прогрессъ ознаменовался признаніемъ переходныхъ формъ, такъ и въ наукахъ общественныхъ мы силою обстоятельствъ неудержимо влечемся также къ признанію несомнѣннаго существованія переходныхъ формъ среди соціальныхъ явленій сообразно великому закону эволюціи, которому подчиняется вся вселенная.

Итакъ, мы должны признать, что народное правовое убѣжденіе есть необходимый признакъ обычнаго права, но что содержаніе этого правоваго убѣжденія недифференцировано, не всегда опредѣленно, и что по характеру своему оно въ извѣстныхъ случаяхъ то приближается къ ясному правовому сознанію, то можетъ быть скорѣе названо просто правовымъ чувствомъ.

По этому то въ предидущемъ разсмотрѣніи теорій народнаго убѣжденія я и избѣжалъ классификаціи этихъ теорій. Хотя нѣкоторые писатели дѣйствительно высказываютъ мнѣніе, будто народное правовое убѣжденіе состоитъ въ признаніи, что данныя нормы обычнаго права *суть* правовыя нормы; [1]) хотя другіе наоборотъ думаютъ, будто народное право-

[1]) Напримѣръ, Windscheid, Pand., I, § 15.

вое убѣжденіе содержитъ въ себѣ мнѣніе, что данныя нормы *должны стать* правомъ; [1]) однако большинство писателей, теоріи которыхъ нами выше изложены и которыхъ мы по этому переименовывать не будемъ, не задавались вопросомъ о содержаніи народнаго правоваго убѣжденія, очевидно сознавая, что это правовое убѣжденіе не можетъ имѣть опредѣленнаго яснаго и точнаго содержанія, а является неяснымъ, неопредѣленнымъ, хотя тѣмъ не менѣе всетаки твердымъ убѣжденіемъ, что такъ поступать хорошо, нужно, справедливо. Другіе же ясно высказались въ этомъ смыслѣ. Такъ напримѣръ—Тёль прямо говоритъ что по его мнѣнію народъ стремится къ тому, что хорошо и пригодно, не дѣлая тѣхъ тонкихъ различій, о которыхъ говорятъ вышеуказанные ученые [2]). Людерсъ. полагаетъ, что народъ создаетъ обычное право, удовлетворяя своимъ потребностямъ, все равно слѣдуетъ ли онъ при этомъ темному безотчетному чувству или руководится яснымъ пониманіемъ дѣла. Большую роль играетъ и подражаніе. [3]) Ту же мысль высказываетъ Зродловскій. [4]) Вехтеръ также полагаетъ, что юридическое сознаніе народа темно и неясно—народъ сознаетъ только, что поступаетъ не по произволу и что его поступокъ не относится къ области нравственности. [5]) Гирке говоритъ—при образованіи нормъ обычнаго права психическіе процессы у членовъ общества могутъ быть весьма различны: это можетъ быть созна-

---

[1]) Напримѣръ, Brinz, Pand., 2-te Aufl., I, S. 114; также говоритъ Unger, System, I, § 5.

[2]) „Das Volk unterscheidet für das, was es als richtig anerkennt, nicht zwischen recht und billig,“ см. Zittelmann, G. R. u. Irrth., S 379.

[3]) Lüders, Das Gewohnheitsrecht, I. S. 48–49.

[4]) Zrodlowski, Röm. Pr.-R., I, S. 30: „oder übt man vielmehr, ohne alle diese Reflexionen, nur deshalb, weil man Das, was man übt, für recht und billig hält?“

[5]) Wächter, Pand., I, S. 105.

тельная рефлексія или темное чувство или средній психическій актъ; это можетъ быть болѣе или менѣе сильное напряженіе воли. Но различіе правообразованія по внутреннимъ признакамъ вслѣдствіе отсутствія рѣзкихъ границъ и точныхъ критеріевъ, невозможно.[1]) Въ этомъ же смыслѣ, хотя нѣсколько неопредѣленно высказывается Хёльдеръ, а также Рюмелинъ.[2]) Такъ же смотрятъ проф. Леонтовичъ.[3]) проф. Капустинъ,[4]) проф. Коркуновъ,[5]) Леонтьевъ[6]) и Оршанскій.[7])

Если мы пожелаемъ провѣрить всѣ эти теоретическія разсужденія фактами, то современная русская дѣйствительность можетъ доставить намъ прекрасный матеріалъ, который убѣдитъ насъ, что въ русскомъ народѣ нормы обычнаго права примѣняются съ сознаніемъ ихъ юрицической необходимости, причемъ это сознаніе бываетъ большею частью весьма неясно. Всѣмъ извѣстенъ напримѣръ обычай передавать купленную вещь изъ полы въ полу, бить по рукамъ, пить могарычъ и т. п.[8]) Юридическая природа этихъ обычаевъ несомнѣнна—они означаютъ окончательное совершеніе сдѣлки, точно опредѣляютъ моментъ, съ котораго она считается заключенной, и самый фактъ заключенія ея ставятъ внѣ сомнѣній. Но не можетъ быть никакаго сомнѣнія, что крестьяне все это скорѣе

---

1) Gierke, D. Pr. Recht, I, S. 126.

2) E. Hölder, Pand.. I S. 30; Rümelin, Gewohnheitsrecht, S.S. 179—180.

3) Ѳ. Леонтовичъ. Замѣтки о разработкѣ обычнаго права, Ж. М. Н. Пр. часть 198, Іюнь 1878 года: „Въ отличіе отъ закона....обычное право отличается инстинктивною непосредственностью своего образованія и дѣйствія," стр. 149.

4) См. выше, стр. 221—222.

5) См. выше, стр. 219.

6) Леонтьевъ. Волостной Судъ и юридическіе обычаи крестьянъ, 1895, стр. 70—71, 104 и др.

7) См. Леонтьевъ, о. с. стр. 34.

8) См. Пахманъ, Обычное гражданское право въ Россіи, 1877, I, стр. 130; А. Ефименко, Изслѣдованія народной жизни, вып. первый: обычное право, 1884, стр. 10.

инстинктивно чувствуютъ, чѣмъ ясно сознаютъ. И ужъ конечно ни одинъ крестьянинъ не сознаетъ, что въ битьѣ по рукамъ заключается юридическая норма, никто не думаетъ, что эта норма *есть* право или *должна стать* правомъ; совершающій эти обряды крестьянинъ сознаетъ, что такъ дѣлаютъ всѣ, такъ будетъ крѣпче—и больше ничего. Весьма любопытны выраженія, которыя крестьяне употребляютъ для обозначенія обязательной силы обычнаго права. Напримѣръ словесныя завѣщанія въ большинствѣ случаевъ имѣютъ у крестьянъ такую же силу какъ и письменныя—и крестьяне говорятъ: «это святой законъ; чѣмъ отецъ передъ смертью благословилъ, тѣмъ каждому и владѣть». [1]) О невозможности завѣщать имущество постороннимъ лицамъ, обойдя дѣтей, крестьяне говорятъ такъ: «нельзя обойти сына, этой неправды общество допустить не можетъ.» [2]) Выраженія «неправда», «святой законъ» ясно подтверждаютъ наше мнѣніе о неопредѣленности, такъ сказать недифференцированности народнаго правоваго сознанія. Въ особенности характерно выраженіе «святой законъ»; въ немъ сквозитъ сознаніе, что примѣняемая норма есть норма права—и въ тоже время прилагательное «святой» придаетъ выраженію особый какъ бы мистическій смыслъ, отличающій разбираемое понятіе отъ понятія закона въ юридическомъ смыслѣ.

Теперь, признавъ народное правовое убѣжденіе за необходимый и существенный признакъ обычнаго права, мы должны обратиться къ разсмотрѣнію остальныхъ его признаковъ, а именно—степени общности правоваго убѣжденія, степени распространенности и продолжительности фактическаго примѣненія; вліянія ошибки въ обычномъ правѣ; требованія раціональности, нерѣдко предъявляемаго къ обычному праву.

---

[1]) Зарудный, Законы и жизнь, 1874, стр. 114, 156.

[2]) О. с., стр. 115.

и постараться выяснить смыслъ и значеніе и степень существенности этихъ признаковъ для обычнаго права.

Вопросъ о степени общности народнаго правоваго убѣжденія въ настоящее время не возбуждаетъ сомнѣній. Отказавшись отъ призанія преувеличеннаго значенія идеѣ національности, современные ученые признаютъ, что обычное право можетъ возникать не только въ національномъ общеніи, но и въ иныхъ кругахъ—въ сословіяхъ, въ торговомъ классѣ, даже въ церкви какъ обществѣ вѣрующихъ — словомъ вообще въ группахъ людей, связанныхъ общими интересами.

Мы видѣли, что напримѣръ Пухта отрицалъ возможность возникновенія обычнаго права въ церкви въ дѣлахъ вѣры, такъ какъ между членами церкви нѣтъ естественной связи, [1]) почему церковные обычаи онъ признавалъ за Observanz. [2]) Но теперь возможность образованія обычнаго права въ чисто искусственныхъ группахъ считается доказанной фактами. [3])

По вопросу о степени продолжительности и распространенности примѣненія нормъ обычнаго права также не существуетъ разногласій между учеными. Нормы обычнаго права, чтобы быть признанными за таковыя, должны примѣняться *долго* и *всѣми*, кому приходится вступать въ данныя правоотношенія. Исключенія конечно могутъ быть, но они должны быть количественно ничтожны или объяснимы вліяніемъ строго опредѣленныхъ причинъ, иначе надо признать, что данная норма обычнаго права еще не сложилась или ужè начинаетъ отмѣняться силою временъ и обстоятельствъ.

Въ этомъ именно смыслѣ надо понимать выраженіе «общее народное убѣжденіе» [4]), не предполагая, будто народъ

---

[1]) G. F. Puchta, Gewohnheitsrecht, II, S. 267.

[2]) O. c., II, S. 278.

[3]) См. Zittelmann, O. c., S.S. 423—424. Объ огромномъ значеніи обычнаго торговаго права, см. L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 1864, I, S.S. 223—227.

[4]) Ср. O. Stobbe, Hand. d. D. Priv. -R., 1893. I, S.S. 165—166.

въ цѣломъ есть субъектъ этого убѣжденія. Есть цѣлыс классы, группы и категоріи лицъ, не имѣющихъ ни малѣйшаго понятія о многихъ институтахъ обычнаго права: такъ напримѣръ многіе горожане не имѣютъ никакихъ свѣдѣній о крестьянскихъ общинныхъ порядкахъ; множество захолустныхъ мужиковъ землепашцевъ не имѣютъ никакаго понятія о торговыхъ обычаяхъ и биржевыхъ операціяхъ. Мало того, встрѣчаются въ жизни несомнѣнно такіе случаи, когда лицо извѣстнаго класса не знаетъ обычаевъ, нормъ обычнаго права, дѣйствующихъ въ этомъ классѣ -купецъ мануфактуристъ можетъ не знать обычаевъ хлѣбныхъ торговцевъ и если бы ему случайно пришлось совершить сдѣлку съ хлѣбомъ, то онъ принужденъ будетъ спросить знающихъ людей— «каковы въ вашихъ дѣлахъ обычаи? какъ бы мнѣ не ошибиться».

Все это заставляетъ насъ признать, какъ сказано, лучшимъ опредѣленіемъ фактическаго примѣненія то, которое дано выше [1])- обычное право примѣняется всѣми, кому приходится вступать въ данныя правоотношенія.

Мало сомнѣній возбуждаетъ вопросъ о значеніи ошибки въ дѣлѣ возникновенія обычнаго права. Есть писатели, [2]) выставляющіе признакомъ обычнаго права отсутствіе ошибки (Abwesenheit des Irrthums), но обыкновенно такое требованіе бываетъ голословно или выражается въ неопредѣленной формѣ, большинство же писателей, затрогивающихъ вопросъ объ ошибкѣ въ обычномъ правѣ, приходятъ къ заключенію, что ошибка не составляетъ препятствія къ возникновенію обычнаго права. Разъ извѣстная норма обычнаго права возникла и дѣйствуетъ, то представляется совершенно безразличнымъ, при какихъ обстоятельствахъ она возникла. Мы не можемъ предписывать обществу создавать обычное право из-

---

[1]) См. выше, стр. 247.

[2]) Wächter, Würt, Pr.-R, II, S. 35; Holzschuher, Civilrecht, S. 11; Keller, Pand., S. 8; Regelsberger, Pand., S. 96-97 (довольно неопредѣленно).

вѣстнымъ порядкомъ, мы лишь изслѣдуемъ явленіе обычнаго права какъ оно есть; мы уже имѣли случай убѣдиться, и ниже это будетъ еще разъ подробно разсмотрѣно, что обычное право сплошь и рядомъ возникаетъ изъ цѣлесообразной дѣятельности людей, изъ борьбы интересовъ, путемъ казуальнаго творчества; несомнѣнно, что люди могутъ ошибаться, а слѣдовательно и обычное право можетъ возникнуть вслѣдствіе ошибочныхъ воззрѣній на извѣстный порядокъ дѣйствій какъ на цѣлесообразный, или вслѣдствіе ошибочнаго мнѣнія, что данныя нормы предписываются закономъ, или вслѣдствіе иныхъ какихъ нибудь ошибокъ. Но возникшее такимъ образомъ обычное право все таки обладаетъ всѣми признаками таковаго, дѣйствуетъ и примѣняется, и отвергать за нимъ характеръ обычнаго права мы не можемъ. Лучшимъ примѣромъ обычнаго права, основаннаго на ошибкѣ, служитъ рецепція римскаго права въ Германіи; римское право въ Германіи было реципировано силою обычая подъ вліяніемъ ложнаго убѣжденія, что Германскіе императоры—преемники власти римскихъ императоровъ и что слѣдовательно римское право есть дѣйствующее законодательство для Германіи. [1])

Конечно, законодательство можетъ воспретить примѣненіе нормъ обычнаго права, основывающихся на ошибкѣ, но оно можетъ запретить примѣненіе и всѣхъ вообще нормъ обычнаго права, слѣдовательно это одно обстоятельство не служитъ доказательствомъ, будто отсутствіе ошибки есть существенный признакъ обычнаго права.—Равнымъ образомъ, если изслѣдователь народной жизни не долженъ считать за доказательство существованія извѣстной нормы обычнаго права такіе случаи, гдѣ отдѣльныя лица примѣняютъ эту

---

[1]) См. Savigny, System, I, S.S. 78—79; Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, S. 75; Stintzing, Macht und Recht, S. 18; Gierke, D. Pr.—R., I, S. 168; Zittelmann, Gew.-R. u. Irrth., Arch. f. civ. pr., 66 Bd., S. 364; E. I. Bekker, Ernst und Scherz, S. 54.

норму въ ошибочномъ убѣжденіи, будто они примѣняютъ норму обычнаго права, когда на самомъ дѣлѣ эта мнимая норма обычнаго права есть плодъ ихъ воображенія, то тако соображеніе въ сущности совершенно не относится къ вопросу о значеніи ошибки въ дѣлѣ возникновенія обычнаго права, а скорѣе касается уже разобраннаго нами вопроса о степени распространенности и продолжительности примѣненія нормъ обычнаго права.

Въ виду этихъ и подобныхъ разсужденій большинство писателей, занимавшихся вопросомъ объ ошибкѣ въ обычномъ правѣ, признаютъ, что ошибочность правоваго сознанія не препятствуетъ возникновенію обычнаго права.[1])

Немного болѣе разногласій возбуждаетъ вопросъ о раціональности содержанія нормъ обычнаго права. Вопросъ этотъ расчленяется на два—препятствуетъ ли нераціональность содержанія возникновенію обычнаго права? и—должно ли примѣнять въ судахъ подобныя нераціональныя нормы?

Первый вопросъ совершенно совпадаетъ съ вопросомъ о значеніи ошибки въ обычномъ правѣ, почему всѣ писатели, признающіе несущественность признака безошибочности, отвергаютъ и требованіе раціональности.[2])

Второй вопросъ нѣкоторыми учеными рѣшается также въ отрицательномъ смыслѣ: разрѣшить судьѣ примѣнять нормы обычнаго права лишь въ случаѣ раціональности ихъ содер-

---

[1]) Sintenis, Civilr. I, S. 44; Roth. Bayr. C.—R., I, S. 114; Brinz Pand., I, S. 114; Sturm, Kampf, S. 21; Derselbe, Gewohnheitsrecht und Irrthum, S.S. 18—19; Wächter, Pand., I, S. 106; Dernburg, Pand., S. 60 (неопредѣленно); Windscheid, Pand., I, S. 46. Anm [3]) (также); Gierke, D. Pr.-R., I, S.S. 167—168; Hölder, Pand., S. 32; Zittelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, (вся статья посвящена этому вопросу); Stobbe, Handb. d. D. Pr.—R., I, S. 176. Мы видѣли, что таково же было мнѣніе Пухты, см. выше, стр. 67—68.

[2]) Есть однако писатели, выставляющіе это требованіе раціональности, напр. Roth, Bayr. civ.—R. I. 114; Vering, Pand., S. 35; Wächter, Pand, I, S. 106; Dernburg, Pand, S. 60; Regelsberger, Pand., S. 97; Gareis, Encyl. S. 42; Stobbe, Handb., S. I, 176.

жанія—значило бы отдать населеніе съ его обычнымъ правомъ произволу и усмотрѣнію судьи.[1]) Но мы присоединиться къ этому воззрѣнію не можемъ. Судья есть органъ государственной власти, дѣйствующій соотвѣтственно ея требованіямъ и указаніямъ; государственная власть, какъ мы видѣли и увидимъ ниже, постепенно сосредоточиваетъ въ своихъ рукахъ функцію правообразованія, такъ какъ народъ въ массѣ своей становится къ тому неспособенъ; слѣдовательно государственная власть, черезъ свои органы, можетъ и должна парализовать дѣйствіе нераціональныхъ, нецѣлесообразныхъ нормъ обычнаго права.

Итакъ, явленіе обычнаго права характеризуется двумя признаками—оно представляетъ собою фактическое примѣненіе извѣстныхъ нормъ съ сознаніемъ ихъ юридической необходимости. Вопросъ о томъ, въ какомъ взаимоотношеніи стоятъ другъ къ другу эти два признака, разрѣшается на основаніи всего предидущаго изложенія весьма легко и просто. Мы видѣли, что объективированіе, ипостазированіе, народнаго духа является грубою ошибкой. Слѣдовательно, мы должны понимать народное убѣжденіе какъ убѣжденіе отдѣльныхъ членовъ народа; и вопросъ о происхожденіи и характерѣ народнаго правоваго убѣжденія—вслѣдствіе того, что правовое убѣжденіе есть тотъ признакъ, которымъ обычное право отличается отъ простыхъ обычаевъ,—сводится къ вопросу о происхожденіи обычнаго права, отождествляется съ нимъ. Для разрѣшенія же этого вопроса мы имѣемъ возможность обратиться къ фактамъ.

При разсмотрѣніи теорій различныхъ авторовъ мы имѣли уже случай убѣдиться, что обычное право образуется различ-

---

[1]) Такъ смотритъ напримѣръ Gierke, Deutsch. Priv.—Recht, I, S. 169.

ными путями, то незамѣтно и нечувствительно изъ обычаевъ; то вслѣдствіе столкновенія и борьбы интересовъ въ обществѣ какъ результатъ взаимодѣйствія, какъ слагающая различныхъ силъ и вліяній; то въ формѣ казуальнаго творчества изъ первичнаго договора и первичнаго судебнаго рѣшенія. На разсмотрѣніи этихъ способовъ возникновенія обычнаго права мы и остановимся поподробнѣе.

Несомнѣнно, что многія нормы обычнаго права возникаютъ и развиваются постепенно и незамѣтно, подобно составнымъ частямъ разговорнаго языка, какъ это принимаютъ ученые исторической школы. Не могли же десятки свѣтлыхъ умовъ единогласно, не смотря ни на какую критику, проповѣдовать безусловно ложное ученіе! Нѣтъ—обычное право дѣйствительно часто образуется такимъ путемъ и въ этомъ насъ убѣждаютъ несомнѣнные факты. Относительно многихъ нормъ обычнаго права мы можемъ съ увѣренностью сказать, что онѣ развились незамѣтно, безсознательно; возьмемъ напримѣръ какую нибудь норму русскаго обычнаго права—ну хоть «младшій сынъ на корню сидитъ», т. е. наслѣдуетъ усадебную осѣдлость отца. [1]) Какъ могла произойти такая норма? Очевидно вышеуказаннымъ безсознательнымъ, незамѣтнымъ образомъ. Согласно общиннымъ распорядкамъ русскаго крестьянства усадебное позьмо состоитъ въ безсрочномъ пользованіи общинника и его рода, а самыя постройки и движимость составляютъ его собственность, которою онъ воленъ распоряжаться какъ угодно при жизни и на случай смерти; онъ можетъ завѣщать усадебную осѣдлость старшему или любому изъ сыновей, при условіи конечно соотвѣтствующаго надѣленія остальныхъ. Но обстоятельства большею частію складывались такъ, что при раннихъ бракахъ у крестьянъ къ смерти отца всѣ старшіе сыновья оказывались уже женатыми,

---

[1]) См. Зарудный, Законы и жизнь, стр. 120; Шрагъ, Крестьянскіе суды, Юр. Вѣстн. IX (1877), Сентябрь и Октябрь, стр. 77.

семейными и потому отдѣленными. Младшій же сынъ часто оставался подросткомъ или, если уже былъ женатъ и имѣлъ семью, то всетаки жилъ при отцѣ и къ концу его жизни самостоятельно велъ хозяйство одряхлѣвшаго родителя. Въ томъ и въ другомъ случаѣ крестьянину казалось справедливымъ предоставить усадебную осѣдлость младшему сыну—въ первомъ случаѣ какъ еще недостаточно самостоятельному въ хозяйственномъ отношеніи, не могущему обзавестись своими силами; во второмъ случаѣ потому, что сынъ уже фактически хозяйничалъ въ домѣ, устраивалъ его, наживалъ добро.— Такой первоначально произвольный порядокъ, вслѣдствіе постояннаго его примѣненія, мало по малу такъ укоренился въ жизни крестьянъ, что пріобрѣлъ характеръ безусловной необходимости, вошелъ въ юридическое сознаніе народа и вмѣстѣ съ другими нормами обычнаго права сталъ «святымъ закономъ».

Судебные обычаи слагаются нерѣдко такимъ же порядкомъ. Напримѣръ въ окружныхъ судахъ исполненіе по частнымъ опредѣленіямъ иногда чинится немедленно по изготовленіи въ окончательной формѣ, иногда по выжданіи двухъ-недѣльнаго срока обжалованія, смотря потому какой порядокъ заведенъ въ данномъ судѣ. Или напримѣръ въ нѣкоторыхъ судахъ и палатахъ срокъ обжалованія опредѣленій окружнаго суда во второй стадіи судебно межеваго процесса исчисляется примѣнительно къ аппелляціонному порядку четырехмѣсячный, хотя по строгому смыслу закона долженъ бы соблюдаться лишь двухъ-недѣльный срокъ. Несомнѣнно, что подобные судебные обычаи слагаются съ теченіемъ времени, постепенно и незамѣтно.

Но иногда мы наблюдаемъ возникновеніе нормъ обычнаго права совершенно инымъ порядкомъ, нерѣдко онѣ возникаютъ въ результатѣ столкновеній интересовъ, среди настоящей борьбы за право. Примѣры мы заимствуемъ опять изъ области русскаго обычнаго права. Возьмемъ въ качествѣ иллюстраціи

земельные распорядки въ сельской общинѣ, не регулированные закономъ и относящіеся цѣликомъ къ обычному праву. Одной изъ типичныхъ чертъ русскаго общиннаго зевлевладѣнія являются періодическіе коренные передѣлы земельныхъ угодій. Не можетъ быть никакаго сомнѣнія въ томъ, что все наше крестьянство проникнуто твердымъ сознаніемъ юридической необходимости этого періодическаго уравненія землепользованія; въ подавляющей массѣ случаевъ передѣлы эти совершаются регулярно въ извѣстные сроки—по истеченіи напримѣръ девяти, двѣнадцати лѣтъ. Какъ возникли нормы обычнаго права, регулирующія землепользованіе на началахъ равненія? Могли-ли онѣ возникнуть безсознательно, незамѣтно и нечувствительно, какъ грамматическія формы языка? Безъ всякаго сомнѣнія— не могли. Наблюденія надъ заимочными способами пользованія общинной землей и надъ переходомъ отъ этого способа пользованія къ уравнительному съ періодическими равненіями —доказываютъ намъ, что установленіе новыхъ порядковъ совершается почти всегда путемъ жестокой борьбы между членами общины, захватившими много земли, взявшими засиліе, съ одной стороны, и малоземельными съ другой стороны, которые нерѣдко бываютъ обременены многочисленными семьями, состоящими преимущественно изъ ѣдоковъ, а не изъ работниковъ, что зачастую и является для нихъ фактическимъ препятствіемъ къ захвату обширныхъ заимокъ. И въ уже сложившейся общинѣ нерѣдки случаи такъ называемой борьбы за передѣлъ, когда обычай періодическихъ равненій земли еще не установился прочно и различные интересы членовъ общины приходятъ въ столновеніе, живо напоминающее времена первоначальнаго установленія общинныхъ земельныхъ порядковъ и представляющее собою ничто иное, какъ одну изъ стадій развитія обычнаго права [1]).

---

[1]) См. Итоги земской статистики, т. I, „крестьянская община." В. В., 1892; Карелинъ, Общинное владѣніе въ Россіи, 1893; Кауфманъ, застывшая

Въ качествѣ прекраснаго примѣра подобнаго образованія нормъ обычнаго права можно еще привести биржевыя срочныя сдѣлки, для которыхъ обычаи выработали множество строго опредѣленныхъ формъ съ точнымъ до мелочей опредѣленіемъ ихъ юридической природы [1]). И для всякаго ясно, что подобные биржевые обычаи могли возникнуть не иначе какъ среди взаимодѣйствія и борьбы противоположныхъ интересовъ лицъ, занимающихся биржевыми операціями, а никакъ не безсознательнымъ и незамѣтнымъ путемъ.

Изъ области судебной практики можно привести множество самыхъ рельефныхъ примѣровъ возникновенія судебныхъ обычаевъ изъ борьбы за право. Наша сенатская практика являетъ собою типичнѣйшій примѣръ твердо установившихся судебныхъ обычаевъ. И стòитъ лишь раскрыть любой сборникъ сенатскихъ рѣшеній, чтобы передъ глазами нашими встали безконечныя картины самой интенсивной, нерѣдко героической борьбы за право. Особенно рѣзко это въ области уголовнаго права [2]). Наши уголовные законы почти не опредѣляютъ признаковъ преступныхъ дѣяній, они лишь называютъ преступленіе и установляютъ размѣры наказаній, хотя многіе виды преступленій имѣютъ такой сложный составъ фактическихъ предположеній, что точное опредѣленіе ихъ представляется безусловно необходимымъ. И вотъ на помощь пришла сенатская практика, въ цѣломъ рядѣ рѣшеній твердо установившая признаки всѣхъ преступленій, которые нака-

---

исторія общины, В. Евр., Іюнь 1893; Общій сводъ данныхъ хозяйственно-статистическаго изслѣдованія Казанской губерніи, часть экономическая, гл. VI; В. Ф. Залѣскій, Общинное землевладѣніе у чувашъ и черемисъ Казанской губерніи, Сѣв. Вѣстн., Сентябрь 1895; и мн. др

[1]) См. напр. Власій Судейкинъ, Биржа и биржевыя операціи, 1892 стр. 77 и слѣд.

[2]) См. Н. С. Таганцевъ, Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ. Онъ-же, Уставъ о наказаніяхъ налагаемыхъ Мировыми Судьями.

зуются нашими уголовными законами. Но такъ какъ Сенатъ можетъ высказываться лишь въ судебныхъ рѣшеніяхъ, то всѣ признаки преступленій были установлены по частнымъ вопросамъ конкретнаго характера при разсмотрѣніи и разрѣшеніи кассаціонныхъ протестовъ прокуроровъ и кассаціонныхъ жалобъ подсудимыхъ. Страшно подумать, какую массу энергіи затратили эти подсудимые, неизвѣстные намъ Ивановы и Петровы, чтобы не унывая и не преклоняясь передъ рѣшеніями низшихъ инстанцій—доходить до Сената и тамъ находить окончательное рѣшеніе вопросамъ своего дѣйствительнаго или мнимаго права. Правъ Іерингъ, говоря что въ борьбѣ за право есть что-то трагическое. Мы имѣемъ налицо тысячи случаевъ, когда первая и вторая инстанція обвиняли подсудимыхъ за дѣянія, не заключающія въ себѣ состава преступленія, такъ что лишь Сенатъ разъяснялъ дѣло и возстановлялъ и честь и права подсудимаго. Сколько страданій претерпѣли, какое море слезъ пролили эти люди, невинно, по недоразумѣнію касающемуся признаковъ преступленія, попавшіе подъ судъ, терпѣвшіе лишенія, можетъ быть съ семьями, устраненные отъ занимаемыхъ ими должностей, оставленные безъ куска хлѣба! Какую массу психическаго труда пришлось имъ затратить, чтобы выяснить дѣло и добиться правильнаго рѣшенія! И какъ должны быть благодарны мы всѣ этимъ людямъ за то, что цѣною ихъ страданій, благодаря ихъ мужеству и энергіи, мы имѣемъ теперь ясное и точное опредѣленіе признаковъ преступныхъ дѣяній, караемыхъ закономъ.—Съ другой стороны, такую же массу психическаго труда пришлось затратить лицамъ прокурорскаго надзора и частнымъ обвинителямъ, чтобы пресѣчь дѣйствительнымъ преступникамъ возможность уклоняться отъ суда и наказанія вслѣдствіе того же самаго отсутствія въ законѣ опредѣленія признаковъ преступленій.

Третьимъ способомъ образованія обычнаго права является возникновеніе обычно-правовыхъ нормъ изъ первичнаго догово-

ра.[1]) Въ тѣ времена, когда право еще слабо развито, далеко не всѣ отношенія предусматриваются его нормами и очень часто договаривающимся сторонамъ приходится самимъ создавать нормы для заключаемыхъ договоровъ. Если форма выбрана удачно, то эти же контрагенты и въ слѣдующій разъ прибѣгнутъ къ ней, у нихъ найдутся подражатели и такъ мало по малу образуются нормы обычнаго права.

Намъ могутъ возразить, что договорная теорія права давно и безвозвратно осуждена, и указать извѣстное возраженіе, что для допущенія возможности возникновенія права изъ договора нужно обратиться къ постулату обязательности договоровъ, предположить, будто договоры обязательны всегда и вездѣ сами по себѣ; далѣе намъ могутъ сказать, что во первыхъ мы не имѣемъ права вообще дѣлать подобныхъ апріорныхъ предположеній, а во вторыхъ—есть факты, доказывающіе, что не всегда всякій договоръ считался самъ по себѣ обязательнымъ.[2]) Мы признаёмъ правильность этого возраженія противъ теоріи договорнаго установленія *всего* права, но къ вопросу о возникновеніи отдѣльныхъ нормъ обычнаго права изъ первичнаго договора это возраженіе не относится. Предположить, что государство и право основаны на договорѣ, нельзя—въ массѣ народа всегда найдутся лица, которымъ невыгодно и неудобно будетъ подчиниться нормамъ права; эти лица не станутъ исполнять предписанія права и принудить ихъ къ тому можно лишь силою, что выводитъ уже насъ за предѣлы договорной теоріи права.—Но не такъ обстоитъ дѣло съ первичными сдѣлками, изъ которыхъ воз-

---

[1]) См. Reinhold Schmid, Theorie und Methodik, S. 204; A. Sturm, Kampf, S. 14: „Durch gleichmässige, anfänglich willkürliche...... widerholung....“; договорная теорія Stricker'а должна быть понимаема въ этомъ смыслѣ; затѣмъ идея первичныхъ договоровъ высказана въ общихъ чертахъ Іерингомъ и подробно развита Муромцевымъ, Образованіе права, стр. 24.

[2]) См. выше стр. 141.

никаютъ отдѣльныя нормы обычнаго права. Всякая сдѣлка заключается потому, что условія ея для контрагентовъ выгодны. Говоря экономически—потребительная и субъективная мѣновая цѣнность благъ или услугъ, получаемыхъ въ обмѣнѣ, всегда для обѣихъ сторонъ выше, чѣмъ таковая отдаваемыхъ; объективная же или соціальная мѣновая цѣнность обмѣниваемыхъ благъ или услугъ при этомъ уравнивается.[1]) Поэтому, повторяю, всякая сдѣлка заключается потому, что она для сторонъ выгодна; а первичная сдѣлка при этомъ и соблюдается лишь потому, что это сторонамъ выгодно. Послѣднее обстоятельство объясняетъ намъ роль и значеніе первичныхъ сдѣлокъ и позволяетъ обойтись безъ постулата обязательности договоровъ. Люди заключаютъ сдѣлки и исполняютъ ихъ не въ силу предписаній права, а единственно въ силу ихъ выгодности для договаривающихся сторонъ. Удачно выбранная форма сдѣлки повторяется, распространяется, входитъ въ юридическое сознаніе народа —и вотъ норма обычнаго права готова.

Наконецъ, нормы обычнаго права возникаютъ изъ первичнаго судебнаго рѣшенія. При такихъ же условіяхъ неразвитости права, когда возникаетъ обычное право изъ первичныхъ сдѣлокъ, возникаетъ оно и изъ первичныхъ судебныхъ рѣшеній, когда судьямъ въ рѣшеніяхъ нельзя руководиться наличными правовыми нормами, вслѣдствіе отсутствія таковыхъ, а приходится самимъ создавать нормы для разрѣшенія даннаго конкретнаго случая. Въ случаѣ удачнаго созданія такихъ нормъ, а также въ силу отмѣченной Рюмелинымъ косности судей, разъ примѣненныя нормы укореняются какъ судебный обычай, а затѣмъ начинаютъ соблюдаться въ жизни и внѣ суда, такъ какъ населенію дѣлается извѣстно— ка́къ и по какимъ нормамъ придется судиться, если дѣло

---

[1]) См. мое „Ученіе о цѣнности“, вып. 1-й, стр. 14.

дойдетъ до суда. Извѣстно напримѣръ, что въ древнемъ Римѣ было время, когда рѣшенія по дѣламъ уголовнымъ постановлялись по субъективному убѣжденію судящаго; что въ средневѣковой Германіи шеффены часто и весьма успѣшно создавали право. [1])

Въ настоящее время ученіе о возникновеніи нормъ обычнаго права путемъ казуальнаго творчества пользуется почти общимъ признаніемъ. Если и есть писатели, возражающіе противъ этого, то возраженія ихъ являются совершенно голословными. [2])

Изложеннымъ исчерпывается ученіе о происхожденіи обычнаго права и вмѣстѣ съ тѣмъ, смѣю думать, вполнѣ уясняется вопросъ о соотношеніи двухъ признаковъ обычнаго права—фактическаго примѣненія нормъ, какъ извѣстнаго порядка дѣйствій и взаимоотношеній, и юридическаго сознанія. Послѣднее является при первомъ, второмъ и третьемъ способѣ происхожденія обычнаго права всегда вторымъ по времени элементомъ, а въ первичныхъ судебныхъ рѣшеніяхъ и вообще въ судебной практикѣ—наоборотъ первымъ -это настолько ясно изъ предидущаго изложенія и изъ приведенныхъ во второй части мнѣній и разсужденій объ этомъ предметѣ нѣкоторыхъ ученыхъ, [3]) что останавливаться далѣе на этомъ вопросѣ я считаю излишнимъ.

---

[1]) См. Wächter. Würt. Pr.—R., I, S. 34; Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, S.S. 7, 8; R. Schmid, Theorie und Methodik. S. 206: Stintzing Macht, und Recht S. 16; Post, Grundlagen, S. 44 и др.; Markby. Elements of law, p. 60; Cogliolo, Saggi, p. 19. Муромцевъ, Образованіе права, стр. 24—25.

[2]) Напр. Hölder, Pand., S. 28; Hearn, Theory of legal duties, p 48.

[3]) См. выше, стр. 160, 166, 184, 203, 219, 221, 223—225.

Глава 14-я.

Законъ.

Законъ есть норма установленная государственной властью—это опредѣленіе закона общепринято. Равнымъ образомъ въ настоящее время можно считать общепризнаннымъ то положеніе, что законодатель не есть органъ народнаго убѣжденія. Общее народное убѣжденіе ни какъ объективный имманентный народный духъ, ни какъ сумма убѣжденій индивидуумовъ слагающихъ народъ—не существуетъ, а слѣдовательно и органовъ имѣть не можетъ. Законъ есть выраженіе воли, намѣренія, государственной власти, какова бы ни была ея форма—вотъ и все.

Поэтому намъ остается заняться лишь однимъ вопросомъ—о соотношеніи закона и обычнаго права.

На первый взглядъ можетъ показаться, что обѣ эти формы права—равнозначущи, такъ сказать равноправны: законъ несомнѣнно можетъ отмѣнять, и весьма часто отмѣняетъ, дѣйствіе нормъ обычнаго права; но и обычное право иногда отмѣняетъ законъ. Однако если мы обратимъ вниманіе на измѣненія въ взаимоотношеніи закона и обычнаго права въ историческомъ развитіи права вообще, то для насъ станетъ ясно, что съ теченіемъ времени роли ихъ перемѣнились. Обычное право есть первичная, болѣе древняя форма права; но законъ, выступившій позже на арену исторіи, мало по малу стѣсняетъ кругъ дѣйствія обычнаго права и отводитъ

ему все менѣе и менѣе значительную роль въ правовой жизни народовъ. Въ настоящее время сфера дѣйствія обычнаго права можетъ быть прямо названа ничтожной, это непреложный фактъ [1]) и объясняется онъ современнымъ складомъ жизненныхъ отношеній и способа ихъ регулированія правомъ. При современныхъ условіяхъ жизни обычное право оказывается не въ состояніи исполнять своего назначенія; потребности правовой жизни таковы, что обычное право почти совершенно не можетъ ихъ удовлетворять.

Прежде всего слѣдуетъ имѣть въ виду, что обычное право недостаточно опредѣленно. Нормы его не существуютъ сами по себѣ какъ таковыя, а примѣняются въ видѣ извѣстнаго порядка дѣйствій и взаимоотношеній, вслѣдствіе чего всякій дѣйствующій согласно обычному праву имѣетъ болѣе простора слѣдовать своимъ личнымъ склонностямъ и вкусамъ, чѣмъ поступающій по закону. Полнаго единообразія въ поступкахъ лицъ, примѣняющихъ обычное право, поэтому не можетъ быть. [2]) Вслѣдствіе того, что нормы обычнаго права надо извлекать изъ жизненныхъ отношеній посредствомъ логическихъ операцій надъ фактическимъ матеріаломъ, представляемымъ этими отношеніями, да еще для этого нужно собрать свѣдѣнія о существующихъ отношеніяхъ, — познаніе, а слѣдовательно и примѣненіе, судьями обычнаго права пред-

---

[1]) О новомъ обще-германскомъ гражданскомъ уложеніи, см. Bruns, въ Encyclop. Holtzendorf'a, S. 439; Seitz, Die Pr. R.—Schule, S.S. 635—636; о Code civil см. Roussel, Encycl., p. 34; Pradier--Fodéré, Principes, p. 101; о нѣкоторыхъ другихъ законодательствахъ см. Sturm, Kampf, S. 39; у насъ въ Россіи какъ извѣстно обычное право имѣетъ болѣе или менѣе широкое примѣненіе лишь въ крестьянскомъ быту и отчасти въ торговыхъ и мировыхъ судахъ.

[2]) На неопредѣленность обычнаго права указываютъ Ihering, Geist des Röm. Rechts, II, S. 33; A. Sturm, Der Kampf des Rechts..., S. 43; Orban Cours d'Encycl., p. 30; Namur, Encycl., p. 20; Eschbach, Cours, p. 72; Brugi, Introduzione enciclopedica, p, 95; Леонтьевъ, Волостной судъ и юридическіе обычаи крестьянъ, 1895, стр. 50.

ставляетъ серьезныя затрудненія. [1]) Эти затрудненія особенно велики еще и потому, что обычное право является весьма измѣнчивымъ какъ во времени, такъ и по отношенію къ мѣсту. [2])

Затѣмъ, обычное право является недостаточно прогрессивнымъ; нормы обычнаго права, какъ мы видѣли, слагаются медленнымъ постепеннымъ путемъ незамѣтно и неуловимо или въ продолжительной и упорной борьбѣ интересовъ, такъ что процессъ образованія обычнаго права есть процессъ исканія, попытокъ, часто напрасныхъ и ошибочныхъ, процессъ борьбы, преодолѣнія препятствій. Ясно, что вслѣдствіе этого обычное право представляется весьма несовершеннымъ способомъ нормированія жизненныхъ отношеній. [3]) Въ современной жизни очень часто возникаютъ вдругъ совершенно новыя, неизвѣстныя дотолѣ отношенія, которыя необходимо регулировать правомъ, причемъ ждать пока образуется соотвѣтствующее обычное право — положительно невозможно, это значило бы причинить огромный вредъ обществу, неисчислимыя неудобства и убытки, иногда же прямо пришлось бы отказаться отъ всякаго нововведенія. Что было бы напримѣръ съ желѣзнодорожнымъ дѣломъ, если бы государство стало ждать, пока образуются нормы обычнаго права въ этой области? [4])

Всѣ эти недостатки и слабыя стороны обычнаго права вызываютъ постепенное вытѣсненіе этой формы права болѣе совершенною формой — закономъ и намъ остается только привѣтствовать этотъ фактъ и признать его истиннымъ прогрес-

---

[1]) A. Sturm, Der Kampf, S. 43.

[2]) Namur, Encycl., p. 20; В. Сергѣевичъ, Опыты изслѣдованія обычнаго права, Наблюдатель, Январь и Февраль 1882 г.

[3]) Namur, Encycl., p. 21: „Le droit coutumier est trop lent à se former"; Orban, Cours d'Encycl., p. 31. A. Sturm, Der Kampf des Gesetzes, S. 43; A. Sturm, Recht und Rechtsquellen, SS. 46, 50

[4]) Cp. Namur, Encycl., p. 21; A. Sturm., R. u. R.-Quellen, S. 43.

сомъ въ области правовой жизни.[1]) Это прекрасно выражено еще Рейнгольдомъ Шмидомъ. Не всегда непремѣнно хорошо то право, которое установлено самими имѣющими ему подчиняться лицами. Хорошо то, что справедливо, что цѣлесообразно; и общественное мнѣніе является далеко не лучшимъ судьею въ этомъ дѣлѣ, такъ какъ себялюбіе и недостатокъ развитія и знаній затемняютъ правовоззрѣніе массы. Поэтому мы требуемъ, чтобы правительство стояло выше общественнаго мнѣнія. Правительство должно обращать на него вниманіе и принимать его къ свѣдѣнію, но не подчиняться ему; сознательное, разумное, цѣлесообразное созданіе права государственной властью должно заступать мѣсто безсознательнаго правообразованія въ нѣдрахъ народныхъ массъ; законодательство является на смѣну обычному праву.[2]) И дѣйствительно, эти теоретическія разсужденія подтверждаются неоспоримыми фактами. Не говоря уже о грубой эпохѣ среднихъ вѣковъ, когда могли существовать такія нормы обычнаго права какъ jus primae noctis, мы и въ современной, напримѣръ русской, дѣйствительности можемъ найти множество нелѣпыхъ и безобразныхъ нормъ обычнаго права.

Что̀ можетъ быть напримѣръ вреднѣе торговаго обычая обмѣниваться дружескими векселями для учета въ банкахъ? Идея учета векселя въ банкѣ—желаніе закредитовать купца по поводу заключенія имъ торговой сдѣлки: торговая сдѣлка совершена въ кредитъ, но продавецъ хочетъ реализировать ее сейчасъ; онъ беретъ отъ покупателя вексель и, поставивъ на немъ бланкъ, учитываетъ его въ банкѣ и получаетъ деньги; когда придетъ для покупателя срокъ платежа за то-

---

[1]) Orban, Cours d'Enc., p. 29—30; Ihering, Geist des Röm. Rechts, II, S.S. 35, 37, 38; Brugi, Introd., p. 95; Bagehot, Physics and Politics, 1873, p. 221.

[2]) R. Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, 1848, S. 245.

варъ, онъ платитъ не продавцу, а банку, гдѣ вексель учтенъ; смыслъ постановки бланка продавцемъ на векселѣ покупателя, учитываемомъ въ банкѣ, заключается въ томъ, чтобы заставить его, подъ рискомъ собственной отвѣтственности, продавать товары въ кредитъ лишь лицамъ кредитоспособнымъ.— Чтоже мы видимъ при операціи учитыванія въ банкѣ такъ называемыхъ дружескихъ векселей? Два лица, нуждающіяся въ деньгахъ, обмѣниваются векселями на равныя суммы и одинаковые сроки и затѣмъ учитываютъ ихъ въ разныхъ банкахъ. Банки выдаютъ деньги подъ учетъ этихъ векселей въ намѣреніи оказать кредитъ по поводу заключенной коммерческой сдѣлки, помочь реализировать немедленно срочную кредитную сдѣлку, надѣясь, что средства къ оправданію учитываемыхъ векселей покупателей эти послѣдніе найдутъ, когда расторгуются купленнымъ въ кредитъ товаромъ.—На самомъ же дѣлѣ при учетѣ дружескихъ векселей ни какихъ торговыхъ сдѣлокъ не было совершено и слѣдовательно средства къ погашенію сдѣланнаго долга кредитующіеся должны изыскивать изъ посторонняго - и по одному тому уже не всегда вѣрнаго— источника; мало того, подъ такую фиктивную сдѣлку получается кредитъ въ двойномъ размѣрѣ противъ случая нормальной, дѣйствительной, сдѣлки; и наконецъ—совершается прямое мошенничество: оказывая кредитъ исключительно по случаю совершившихся торговыхъ сдѣлокъ, банки учитываютъ векселя лишь въ товарной валютѣ, почему дружескіе векселя такъ и пишутся «товаромъ получилъ столько-то»; а такъ какъ пишущій дружескій вексель ничего товаромъ не получилъ, а получилъ лишь обмѣнный вексель, то такой поступокъ является обманнымъ дѣйствіемъ, направленнымъ къ достиженію выгоды, т. е. мошенничествомъ.

Въ крестьянскимъ быту также не мало найдемъ примѣровъ вредныхъ и дурныхъ обычаевъ несомнѣнно юридическаго характера. Сюда относятся напримѣръ —освященное крестьянскимъ обычнымъ правомъ жестокое обращеніе мужей съ же-

нами; [1]) обычай напоя судей въ видѣ наказанія, замѣченный Якушкинымъ, наблюденія котораго подтверждаются свидѣтельствомъ проф. Табашникова; [2]) къ числу нелѣпыхъ и безобразныхъ обычаевъ слѣдуетъ отнести различныя осрамительныя наказанія, [3]) не смотря на то, что нѣкоторые изслѣдователи считаютъ ихъ весьма полезными (преступники очень боятся такихъ наказаній). [4])

И не представляется никакаго сомнѣнія въ томъ, что законодательство должно бороться съ подобными вредными и нелѣпыми и безобразными обычаями.

Кромѣ того, очень часто законодательство является орудіемъ прогресса. Если-бы пришлось исполнять требованіе классической исторической школы, чтобы законъ черпалъ содержаніе изъ обычнаго права, чтобы законодательство соображалось съ народнымъ правосознаніемъ, то многія величайшія и благодѣтельнѣйшія реформы не могли бы совершиться. Такъ напримѣръ вся реформаторская дѣятельность Петра Великаго не могла бы имѣть мѣста при этомъ условіи. Законъ имѣетъ, и непремѣнно долженъ имѣть, воспитательное значеніе. [5]) Въ прежнія времена простота жизненныхъ отношеній вообще, несложность государственнаго устройства въ связи съ сравнительно небольшимъ объемомъ государствъ и болѣе примитивныхъ общественныхъ группъ; почти одинаковый уровень

---

[1]) И. Табашниковъ, Желательное отношеніе будущаго гражданскаго уложенія къ нашему обычному праву, Ж. Г. и Уг. Пр., Мартъ 1885, стр. 76.

[2]) О. с., стр. 89.

[3]) Мулловъ, Значеніе народныхъ юридическихъ обычаевъ, Ж. Мин. Юст., Январь 1862, стр. 55.

[4]) Филипповъ, Народное обычное право, Р. Мысль, 1886, Сентябрь, стр. 65—66.

[5]) Такъ смотрятъ J. Kohler, Die Ideale im Recht, Arch. f. bürg. Recht, 5 Bd. (1891), S. 163; O. Gierke, D. Priv.-Recht, 1, S. 127. Ferd. Regelsberger, Pand, S. 59. — Противъ — высказывается голословно П. Обнинскій, Законодательство какъ факторъ идейноправственнаго преуспѣянія, Ж. Гр. и Уг. Пр. 1892, Май.

умственнаго развитія всѣхъ членовъ даннаго общенія—дѣлали возможнымъ созданіе правоваго порядка непосредственно самимъ населеніемъ въ формѣ немногочисленныхъ и несложныхъ, всѣмъ и каждому понятныхъ, нормъ обычнаго права, выраженныхъ нерѣдко въ поэтической формѣ пословицъ и поговорокъ или непосредственно проявляющихся въ видѣ однообразнаго поведенія, не формулируясь въ абстрактныя нормы.—Но съ усложненіемъ жизненныхъ отношеній, съ развитіемъ и размноженіемъ органовъ государственной власти, съ увеличеніемъ размѣра государствъ, съ появленіемъ различія между образованными и необразованными людьми, съ раздѣленіемъ народа на классы, мало имѣющіе общихъ интересовъ—образованіе нормъ обычнаго права становится все болѣе и болѣе затруднительнымъ для массы населенія; эта масса не только не всегда оказывается въ состояніи создать цѣлесообразный способъ урегулированія данныхъ отношеній, но даже зачастую не способна понять эти отношенія, въ особенности въ области отвлеченныхъ вопросовъ гражданскаго и уголовнаго права или, въ еще большей степени, въ правѣ публичномъ, въ вопросахъ управленія, финансовыхъ и политическихъ. Государственная власть мало по малу беретъ въ свои руки функцію правообразованія, предоставляя населенію нормировать обычнымъ правомъ наименѣе важные или узко-спеціальные интересы чисто мѣстнаго или классоваго характера. Но и на эти области государство простираетъ свой контроль, оказываетъ сдерживающее и направляющее вліяніе. Постепенно вся функція правообразованія сосредоточивается въ рукахъ государства и обычное право дѣйствуетъ лишь тамъ и по стольку, гдѣ и по скольку это допускается государствомъ.

Въ этомъ смыслѣ мы можемъ сказать, что право создается и должно создаваться исключительно государственной властью, что государство есть единственный творецъ и носитель права; въ этомъ смыслѣ мы можемъ сказать—**право создается властью.**

Но вѣдь вы сами признаёте, что обычное право можетъ отмѣнять законъ, возразятъ мнѣ.

Безъ сомнѣнія—можетъ, но это не опровергаетъ взгляда на законъ какъ на высшую, а со временемъ и единственную, форму права. Законодатель можетъ ошибаться и вотъ именно когда государственная власть издаетъ, по ошибкѣ, нецѣлесообразныя нормы или своевременно не отмѣняетъ устарѣлыя и ставшія негодными, тогда то и наблюдаютси случаи отмѣны закона силою обычая, отрицать которые никто не можетъ, такъ какъ это всецѣло относится къ области фактовъ. Такъ напримѣръ у насъ въ Россіи не получилъ примѣненія извѣстный указъ Петра Великаго о единонаслѣдіи. Такъ несмотря на то, что по закону 13 Апрѣля 1726 года не только хозяева, устраивавшіе „помочи", но и бывшіе на „помочахъ" всѣ безъ изъятія наказывались жестоко кнутомъ и ссылались въ Нерчинскъ на работу, этотъ обычай существовалъ, дѣйствовалъ и теперь въ большомъ ходу. [1]) Такъ напримѣръ въ Кретмайровомъ Баварскомъ кодексѣ 1753 года (X, § 11, 4) предписывалось не давать вѣры показаніямъ бѣдныхъ свидѣтелей—однако въ послѣднее время дѣйствія этого кодекса это правило на практикѣ не соблюдалось. [2]) Такъ напримѣръ въ Англіи обычаемъ отмѣнилось право абсолютнаго законодательнаго veto монарха. [3]) Или напримѣръ въ 1787 году для Галиціи были изданы законы, которыми отмѣнялись обычаи крестьянъ относительно порядка наслѣдованія и опеки, но въ виду всеобщаго неудовольствія крестьянъ противъ тѣхъ законовъ и повсемѣстнаго ихъ обхода, правительство законами 1790 и 1791 г.г. вынуждено было тѣ законы отмѣнить. [4])

Но все это исключительные случаи, причемъ иногда

---

[1]) Дашкевичъ, Будущее гражданское уложеніе и народные обычаи Юр. Вѣстн., Августъ, 1886. стр. 516.

[2]) Seitz, Die praktische Rechtsschule, S.S. 533–534.

[3]) См. Коркуновъ, Русское государственное право, т. 1-й, 2-е изданіе, 1893 г., стр. 75.

[4]) Дашкевичъ, о. с., стр. 515.

причина отмѣны закона обычаемъ лежитъ не въ непригодности законодательныхъ нормъ, а скорѣе въ слабости государственной власти. Правительство, государственная власть, при отправленіи законодательной функціи имѣетъ несравненно менѣе шансовъ ошибиться, чѣмъ масса населенія при выработкѣ нормъ обычнаго права. Лица, стоящія у власти, получаютъ соотвѣтствующее образованіе и воспитаніе, спеціально подготовляясь къ государственной дѣятельности; къ отправленію законодательной функціи назначаются или избираются наиболѣе образованные, способные, пользующіеся довѣріемъ люди; къ участію въ законодательныхъ работахъ приглашаются наиболѣе извѣстные юристы, какъ ученые теоретики, такъ и практики; изданію всѣхъ болѣе или менѣе важныхъ законодательныхъ актовъ предшествуютъ обыкновенно историческія справки и изслѣдованія современнаго положенія вещей, такъ называемыя enquêtes, черезъ спеціалистовъ. Все это представляетъ такія серьезныя гарантіи цѣлесообразности издаваемыхъ государственный властью законовъ, по сравненіи съ которыми темная масса народа, бредущая ощупью и наугадъ, цѣною затраты огромной массы психическаго труда покупающая нѣсколько приблизительно-цѣлесообразныхъ нормъ обычнаго права— являетъ зрѣлище грустное и жалкое, а иногда даже полное трагизма.

Законъ есть высшая форма права, ему принадлежитъ будущее; обычное право есть форма нисшая, нѣчто среднее между нравственностью и правомъ, и по закону вымиранія переходныхъ полуприспособленныхъ формъ оно все болѣе и болѣе теряетъ свое значеніе, превращаясь въ вспомогательную форму права наравнѣ съ указами органовъ подчиненнаго управленія и судебной практикой.

Установивши такимъ образомъ ученіе о взаимоотношеніи обычнаго права и закона, мы теперь переходимъ къ разсмотрѣнію болѣе общаго вопроса—о взаимоотношеніи права и нравственности.

Глава 15-я.

Нравственность и право.

Со времени Томазіуса въ наукѣ господствовало мнѣніе, что области права и нравственности совершенно различны, что эти императивы не имѣютъ между собою ничего общаго. Краузе и его ученикъ и послѣдователь Аренсъ доказали, что право и нравственность имѣютъ между собою много общаго, но при этомъ учили, что области ихъ совпадаютъ лишь отчасти, подобно двумъ кругамъ съ пересѣкающимися окружностями. Аренсъ правильно указываетъ, что право и мораль имѣютъ и внутренній элементъ, какъ характеръ намѣренія, и внѣшній элементъ, какъ цѣлесообразность дѣйствія [1]); но полагаетъ, что есть въ правѣ области, гдѣ мѣрка нравственности неприложима; напримѣръ въ частномъ правѣ пріобрѣтеніе собственности съ точки зрѣнія цѣли есть поступокъ безразличный [2]). Въ настоящее время начинаетъ пробиваться новая точка зрѣнія на право какъ на этическій минимумъ.

Теорія этическаго минимума имѣетъ ближайшее отношеніе къ утилитарно-эволюціонной теоріи права. Но разсмотрѣть развитіе воззрѣнія на право какъ на этическій минимумъ вмѣстѣ съ развитіемъ новаго, утилитарно-эволюціоннаго, направленія мы не могли, потому что по странной случай-

---

[1]) Ahrens, Juristische Encyclopaedie, S.S. 35, 36.
[2]) O. c., S 36.

ности это воззрѣніе на право какъ на этическій минимумъ высказывается не только сторонниками новой теоріи, но и учеными исторической школы и даже другихъ направленій.

Такъ, первый высказалъ это воззрѣніе съ достаточной полнотой и опредѣленностью Карлъ Давидъ Августъ Рёдеръ, сторонникъ теоріи естественнаго права. Онъ опредѣляетъ право какъ «внѣшній (объективный) и внутренній (субъективный) законъ для свободнаго устроенія жизни разумныхъ существъ» [1]); задача человѣческой жизни—осуществленіе идеи добра. Чѣмъ же, спрашивается, отличается право отъ нравственности? [2]) Нравственность требуетъ внутреннихъ побужденій къ добру, право регулируетъ внѣшнія взаимоотношенія людей; но при этомъ въ правѣ есть и внутренній элементъ—такъ какъ только это внутреннее стремленіе къ праву и справедливости является гарантіей прочности правоваго порядка [3]). Поэтому внѣшнимъ принужденіемъ право осуществляется лишь отчасти [4]). Далѣе у Рёдера вскользь высказана мысль, что право не узаконяетъ безнравственности—именно Рёдеръ говоритъ, что цѣль у права и у нравственности одна—благо (Gut) [5]). И наконецъ онъ указываетъ, что вѣрная оцѣнка внѣшнихъ поступковъ человѣка невозможна безъ изслѣдованія состоянія его духа въ это время, какъ напримѣръ въ вопросахъ о вмѣненіи, о мѣрѣ наказанія [6]). Такимъ образомъ у Рёдера мы находимъ уже всѣ тѣ три доказательства идеи, что право есть этическій минимумъ, которыя потомъ встрѣтимъ у Еллинека—именно: что право имѣетъ кромѣ

---

[1]) K. D. A. Röder, Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie, 2-e Auflage, 1860 (1-te Auflage 1846), S.S. 59, 63.

[2]) O. c., S.S., 70, 74, 109,

[3]) O. c., S. S. 111, 112, 116

[4]) O. c., S. 116.

[5]) O. c., S. 109.

[6]) O. c., S S., 118, 119.

внѣшней--внутреннюю принудительную силу, что право не узаконяетъ безнравственности и что надлежащая оцѣнка поступковъ человѣка возможна лишь при условіи обращенія вниманія на внутреннее его состояніе.

Довольно правильно смотрятъ на взаимоотношеніе права и морали слѣдующіе писатели. Верингъ говоритъ, что право составляетъ часть морали въ широкомъ смыслѣ; область его уже, чѣмъ область морали, потому что оно опредѣляетъ лишь взаимоотношенія людей и при томъ только такія, которыя подлежатъ принудительному осуществленію [1]. Штрикеръ говоритъ, что при современныхъ условіяхъ жизни область права входитъ въ область морали какъ часть ея, хотя иногда часть меньшаго круга (права) выступаетъ за предѣлы большаго (морали) [2]. Отличается право отъ морали характеромъ принудительности; право получаетъ принудительную силу отъ государства, мораль отъ общества [3]. Аффольтеръ полагаетъ, что между правомъ и моралью нѣтъ принципіальной разницы; правовое чувство и нравственное чувство одинаковы, только право идетъ далѣе морали и стремится къ практическому осуществленію своихъ требованій; мораль есть неразвившееся право (unausgebildetes Recht) [4]. Выше мы имѣли случай убѣдиться въ ошибочности воззрѣній Аффольтера и приведенное мнѣніе о соотношеніи права и нравственности не совсѣмъ вѣрно, такъ какъ право и мораль имѣютъ серьезныя отличія, а съ другой стороны сходны въ томъ, что и мораль стремится къ осуществленію своихъ требованій. Но вѣренъ всетаки общій взглядъ Аффольтера—что

---

[1]) F. H. Vering, Geschichte und Pandekten des Römischen und heutigen gemeinen Privatrechts, 4-te Aufl., 1875, S. 13.

[2]) S. Stricker, Physiologie des Rechts, 1884, S. 98, 99.

[3]) O. c., S. 89.

[4]) A. Affolter, Untersuchungen über das Wesen des Rechts, 1889, S. 3, 11, 12.

право и мораль представляются однородными явленіями. Френцель указываетъ на внутренній, психическій элементъ въ правѣ, сближающій его съ моралью [1]). Курсель-Сенейль говоритъ, что къ праву относятся такія правила, соблюденіе которыхъ настолько необходимо обществу, что безъ этого общество не могло бы существовать и должно бы было дегенерировать; а къ области морали относятся такія правила, польза отъ которыхъ менѣе значительна или менѣе очевидна или такія, исполненіе которыхъ принудительнымъ путемъ принесло бы болѣе вреда, чѣмъ пользы [2]).

Пулья, слѣдуя Скіатарелла, также принимаетъ теорію этическаго минимума, полагая что право составляетъ ту часть нравственности, которая является наиболѣе необходимой для сохраненія общественнаго союза и потому принудительно осуществляется [3]).

Нѣкоторые писатели какъ бы вскользь и мимоходомъ высказываютъ идею права какъ этическаго минимума. Варнкёнигъ напримѣръ говоритъ, что основы права коренятся въ морали, такъ что право не узаконяетъ ничего безнравственнаго, а отличается право отъ морали своимъ принудительнымъ характеромъ [4]). Фольграффъ полагаетъ, что право призвано охранять мораль, относясь къ ней какъ защищающая оболочка къ зерну [5]). Брунсъ говоритъ, что право хотя отлично отъ морали, но составляетъ часть общаго этическаго порядка [6]).Руссель считаетъ область морали болѣе широкой, чѣмъ область права, признаетъ что право не узаконяетъ безнравственности и что если это и наблю-

---

1) G. Frenzel, Recht und Rechtssätze, 1892, S. 67—69.

2) Courcelle-Séneuil, Préparation àl'étude du droit, 1887, p. 203.

3) F. Puglia, Saggi di Filosofia giuridica, 2-da ed., 1892, p. 14.

4) L. A. Warnkönig, Juristische Encyclopaedie, 1853, S. 17—18.

5) K Vollgraff, Staats und Rechtsphilosophie, 1864, II, S. 270.

6) C. G. Bruns, Das heutige Römische Recht; въ Encyclopaedie Holtzendorf'a, 5-te Auflage, 1890, S. 434.

дается иногда, то какъ исключительное явленіе; отличіе права отъ морали онъ видитъ въ принудительномъ характерѣ перваго. Но затѣмъ вдругъ противъ всякаго ожиданія заявляетъ, что мораль и право суть двѣ *сосѣднія* области [1]). Приско правильно указываетъ, что какъ мораль такъ и право касаются и внѣшнихъ и внутреннихъ отношеній; по его мнѣнію всякое право возникаетъ въ видѣ морали; отличіе между ними онъ полагаетъ не въ принудительности права, а въ томъ, что мораль есть свойство человѣка какъ индивидуума, а право — свойство его, какъ члена общества [2]). Ратковскій учитъ, что право и мораль отличаются только по содержанію, но не по формѣ и не по источнику. [3]) Тренделенбургъ признаетъ право этическимъ минимумомъ. [4]) Также Фоллевилль.[5])

Нѣкоторые писатели правильно опредѣляютъ право какъ этическій минимумъ, но оказываются неудовлетворительны въ подробностяхъ. Валлашекъ прямо называетъ право этическимъ минимумомъ и отличіе отъ морали видитъ въ его принудительномъ характерѣ. [6]) Но въ подробностяхъ его воззрѣнія довольно странны и отдаютъ метафизикой. Напримѣръ онъ говоритъ, будто для правовыхъ дѣйствій намѣреніе субъекта несущественно, а для морали напротивъ—существенно именно намѣреніе и чтобы доказать эту несомнѣнно ошибочную мысль онъ вдается въ такое разсужденіе: мнѣ могутъ возразить, говоритъ онъ, что желая зла можно сдѣ-

---

[1]) Ad. Roussel, Encyclopédie du droit, 2-de éd. 1871, p.p. 8, 9—10.

[2]) G. Prisco, Principii di Filosofia del diritto, 1872, II, p.p. 33, 34, 37, 40.

[3]) M. Ratkowsky, Encyclopaedie, 1890, S. 4.

[4]) Ad. Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, 2-e Aufl. 1868, S. 94.

[5]) Daniel de Folleville, Notion du droit et de l'obligation, 1873, p. 42.

[6]) R. Wallaschek, Studien zur Rechtsphilosophie, 1889, 103: „soll das Recht sein: die Erreichung der unumgänglichen nothwendigen Bestandtheile des ethischen Zieles." О принудительности права—S. 82, Anm [1]).

лать добро; и отвѣчаетъ на этотъ предполагаемый вопросъ доказывая, что съ злымъ намѣреніемъ можно сдѣлать нѣчто доброе (ein Gut), но нельзя осуществить идею добра (das Gute).[1]) Поэтому Валлашекъ говоритъ, что право есть осуществленіе (Verwirklichung) морали.[2]) Тоже говоритъ Гейлингеръ.[3])

Но за то съ другой стороны есть писатели, которые подробно разрабатываютъ вопросъ о правѣ какъ этическомъ минимумѣ и отличаются ясными и точными воззрѣніями. О Рёдерѣ мы уже говорили. Воззрѣнія Іеринга намъ также извѣстны.[4]) Тьерселенъ учитъ, что человѣкъ подчиняется вліянію права и морали; право заимствуетъ свои принципы у морали, но не вся мораль входитъ въ область права; право требуетъ исполненія не высшихъ требованій морали, оно требуетъ хорошаго, но не найлучшаго; отличается оно отъ морали принудительнымъ характеромъ.[5]) Ульрици хотя и заявляетъ, что право надо строго отличать отъ нравственности,[6]) тѣмъ не менѣе высказываетъ типичную теорію этическаго минимума; но впрочемъ вышеуказанное заявленіе ей и не противорѣчитъ. Право, говоритъ онъ, лишь настолько является правомъ, насколько оно—средство для достиженія нравственныхъ цѣлей; оно дѣйствуетъ пока безъ его помощи не исполняются велѣнія нравственности; если-бы всѣ люди были нравственно совершенны, то право фактически перестало бы дѣйствовать, такъ какъ исчезла бы необходимость принужденія.[7]) Особенно подробно разработана теорія этическаго минимума у Вадала-Папале и Еллинека. Согласно

---

1) O. c., S.S. 59, 60.

2) O. c., S.S. 53, 59, 103.

3) A. Heilinger, Recht und Macht, S. 38.

4) См. выше, страница 118.

5) Thiercelin, Principes du droit, 2-de éd. 1865, p.p. 39–41.

6) H. Ulrici, Die Quelle des Rechts und des Rechtsbegriffs, Zeitschr. für Philosophie, N. F., 59 Bd. (1871), S. 173.

7) O. c., S.S. 176, 177.

Вадала-Папале право есть та часть правилъ человѣческаго поведенія, соблюденіе которой является для существованія общества безусловно необходимымъ, почему ему и придается внѣшняя принудительная сила. [1]) И право и мораль являются соціальными принципами, цѣлью своею имѣющими общее благо. [2]) Но между ними есть и серьезныя отличія. Изъ этихъ отличій, перечисляемыхъ Вадала-Папале, назовемъ слѣдующія—мораль регулируетъ всѣ жизненныя отношенія человѣка, право обезпечиваетъ человѣку возможность развитія своихъ способностей при жизни въ обществѣ; и право и мораль имѣютъ внутреннюю принудительность, но право имѣетъ еще внѣшнюю, законодательную, санкцію; все что предписывается или запрещается правомъ—предписывается и запрещается моралью, но не наоборотъ. [3]) Еллинекъ начинаетъ съ установленія правильнаго взгляда на этику какъ на соціальный императивъ; этика всегда есть соціальная этика (Socialethik) и развивается изъ простѣйшихъ общественныхъ инстинктовъ, наблюдаемыхъ уже у животныхъ. [4]) Индивидуальная же этика есть ничто иное какъ опредѣленіе тѣхъ правилъ, которыми человѣкъ долженъ руководиться, чтобы исполнять требованія соціальной этики, чтобы жить какъ того требуетъ польза общества. [5]) Право есть этическій минимумъ; объективно—оно является минимумомъ условій, необходимыхъ для существованія общества (Existenzminimum); субъективно—это минимумъ нравственныхъ требованій, предъявляемыхъ къ членамъ общества. [6]) Это доказывается слѣ-

---

[1]) Vadala-Papale, Morale e diritto nella vita, 1881, p.p. 123, 124, 130, 131.

[2]) O. c. p. 146.

[3]) O. c., p.p. 147, 148, 149, 136.

[4]) G. Jellinek, Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. 1878, S.S. 15—19, 25.

[5]) O. c., S. 29.

[6]) O. c, S. 42.

дующими соображеніями. Во первыхъ, право имѣетъ совершенно такую же внутреннюю принудительную силу, какъ и мораль; лишь тогда приходится прибѣгать къ внѣшнему принужденію, когда человѣкъ оказывается неспособнымъ имѣть достаточныхъ внутреннихъ побужденій къ исполненію предписаній права—и это явленіе исключительное, патологическое. [1]) Общество, гдѣ всякое предписаніе права должно было бы осуществляться принудительно, безусловно не моглобы существовать. Во вторыхъ, въ случаѣ правонарушенія сейчасъ же поднимается вопросъ не только о томъ, *что* случилось, но и *какъ* случилось; изслѣдованіе психическаго состоянія преступника является безусловно необходимымъ. [2]) Въ третьихъ--право не узаконяетъ безнравственности. [3])

Въ 1896 году вышла небольшая книжка Эли Риттера, посвященная вопросу о соотношеніи морали и права. Авторъ излагаетъ теорію этическаго минимума, но въ неопредѣленной и туманной формѣ, и подкрѣпляетъ свои взгляды не теоретическими разсужденіями, а главнымъ образомъ ссылками на авторитеты и на американскіе законы. [4])

Изъ русскихъ должны быть причислены къ сторонникамъ теоріи этическаго минимума проф. Капустинъ, [5]) проф. Щегловъ [6]) и Вл. Соловьевъ. [7])

---

[1]) O. c., S.S. 50—51.

[2]) O, c., S.S. 52—53.

[3]) O. c., S. 54 u. a.

[4]) Eli F. Ritter, Moral Law and Civil Law, 1896. Въ 1896-же году вышла книга Martel et Legendre, Droit usuel, но мнѣ не удалось ее достать.

[5]) См. выше, стр. 220—221.

[6]) В. Г. Щегловъ, Нравственность и Право, 1888, стр. 99, 111 112.

[7]) Вл. Соловьевъ, Принципъ наказанія, Вѣстникъ Европы, Мартъ 1895. стр. 325; онъ-же, Нравственность и право, В. Евр., Ноябрь 1895, стр. 329 и др.

Противъ теоріи этическаго минимума не разъ поднимались возраженія. Одно изъ главныхъ — состоитъ въ указаніи, что могутъ существовать нормы права совершенно безразличныя въ нравственномъ отношеніи. Таковы напримѣръ постановленія о формѣ договоровъ, о срокахъ совершеннолѣтія, процессуальныхъ срокахъ, о числѣ свидѣтелей и т. д. [1]) Къ возраженіямъ этой категоріи могутъ быть отнесены теоріи права тѣхъ ученыхъ, [2]) которые отвергаютъ моментъ правоваго сознанія какъ необходимый элементъ въ понятіи права. — Но это возраженіе не выдерживаетъ критики, въ чемъ мы уже имѣли случай убѣдиться ранѣе. Мы видѣли, что для многихъ нормъ, которыя на первый взглядъ не заключаютъ въ себѣ возможности быть предметомъ правоваго убѣжденія, такое убѣжденіе можетъ быть найдено; а что тѣ нормы, гдѣ дѣйствительно нельзя открыть и слѣдовъ правоваго убѣжденія, оказываются нормами такъ сказать вторичнаго характера, предназначенными для техническаго осуществленія другихъ, первичныхъ нормъ, которыя примѣняются уже ради своего содержанія. Здѣсь же мы добавимъ, что совершенно то же можно сказать противъ разбираемаго возраженія на теорію этическаго минимума. Часть нравственно безразличныхъ нормъ являются нормами юридической техники, часть же далеко не такъ нравственно-безразличны, какъ съ перваго взгляда можетъ показаться. Напримѣръ, сроки совершеннолѣтія устанавливаются сообразно достиженію полнаго умственнаго развитія молодыхъ людей и согласно строгимъ требованіямъ нравственности- чтобы никто до полнаго развитія своихъ силъ и способностей не былъ оставляемъ на произволъ судьбы и своихъ страстей и не сдѣлался бы жертвой неблагонамѣренныхъ и порочныхъ людей.

---

[1]) Напр. C. G. v. Wächter, Pandekten, 1880, I, S. 3. Anm. [5]); Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, стр. 46.

[2]) Адикесъ, Цittельманъ, Френцель и другіе, см. стр. 238—241.

Другое, не менѣе серьезное возраженіе противъ теоріи этическаго минимума заключается въ указаніи на возможность существованія законовъ, противорѣчащихъ самымъ основнымъ требованіямъ нравственности. Есть напримѣръ указанія на исторію Антигоны, гдѣ поступокъ высоконравственный оказался тѣмъ не менѣе государственнымъ преступленіемъ; [1]) говорятъ, что право сплошь и рядомъ узаконяетъ безнравственность; [2]) что можно привести примѣры, когда самыя возмутительныя требованія предъявлялись населенію отъ имени закона—вродѣ требованія, чтобы каждый гражданинъ, подъ страхомъ смертной казни, выдавалъ всякаго, кто попалъ въ проскрипціонный списокъ; что напримѣръ во Франціи сынъ можетъ продать съ молотка за долгъ имущество своего отца. [3])

Но все это не достаточно убѣдительно. Еллинекъ правильно говоритъ, что дѣйствующій согласно предписаніямъ права, напримѣръ взыскивающій безпощадно свои деньги кредиторъ, поступаетъ не безнравственно—договоры надо соблюдать и долги платить; но такъ какъ это *минимумъ* нравственности, то въ сравненіи съ болѣе нравственными поступками такой поступокъ является безнравственнымъ. [4]) Затѣмъ, по справедливому замѣчанію Муромцева, [5]) когда право оказываетъ покровительство дурнымъ поступкамъ, то это происходитъ ,,такъ сказать незавѣдомо, по несовершенству техническихъ средствъ, которыя принадлежатъ юридическому конт-

---

[1]) Bierling, Juristische Prinzipienlehre, S. 64. Тоже у Дана, Vernunft im Recht, S. 139.

[2]) См. Jellinek, O. c., S, 53.

[3]) Pradier-Fodéré, Principes généraux de droit, p. 17; J. Kohler, Recht und Pflicht, Arch, f. bürg. Recht, 6 Bd. (1892), S. 182—183. Многіе голословно отвергаютъ теорію этическаго минимума, напр. Aguiléra, L'idée du droit en Allemagne, p. 254.

[4]) Jellinek, O. c. S.54 .

[5]) Муромцевъ, Опредѣленіе и основное раздѣленіе права, стр 175.

ролю." Тотъ же авторъ указалъ и еще одну причину расхожденія требованій нравственности и права: ,,когда право несовершенно, напримѣръ устарѣло или еще недостаточно развилось и т. п.—то и является несогласіе права съ справедливостью." [1]) Это же замѣчено и проф. Капустинымъ. [2]) Въ частности по поводу примѣра Антигоны слѣдуетъ сказать, что нельзя брать въ примѣръ эпохи подобныя той, когда случилась эта коллизія права и морали. Въ эпохи переходныя, когда мѣняется государственное устройство, когда происходятъ огромныя перемѣны въ окружающей жизни и броженіе въ умахъ людей—подобные конфликты весьма возможны. Но какъ только жизнь войдетъ въ обычную колею—такъ тотчасъ наступаетъ постепенное соглашеніе требованій морали и права и послѣднее опять становится этическимъ минимумомъ. Въ одной изъ журнальныхъ статей Муромцевъ и на это обратилъ вниманіе. Когда въ обществѣ происходитъ броженіе силъ и идей, когда зарождается новый порядокъ на смѣну старому—тогда ,,....вопросъ о правѣ и справедливости играетъ въ общественномъ сознаніи первенствующую роль; въ противоположности этихъ двухъ понятій, справедливости и права, общественное сознаніе воплощаетъ то двойственное состояніе, которое оно переживаетъ...." [3]) Въ прекрасныхъ образныхъ выраженіяхъ характеризуетъ Муромцевъ взаимоотношеніе права и справедливости въ такіе періоды. ,,Право есть порядокъ дѣйствительный, справедливость—порядокъ желательный; право всѣ знаютъ и его дѣйствіе испытываютъ на себѣ какъ реальный фактъ, къ справедливости стремятся какъ къ идеалу... Но вотъ стремленія увѣнчиваются успѣхомъ и идеальное становится реальнымъ.... справедливость

---

[1]) Муромцевъ. О. с., стр. 155.

[2]) Капустинъ, Теорія права, стр. 79, 84.

[3]) Муромцевъ, Право и справедливость, Сѣверный Вѣстникъ, 1892, Февраль, стр. 256—257.

становится правомъ.... противоположность справедливости и права теряетъ свое значеніе; борьба замѣняется миромъ и вмѣсто двухъ борющихся противоположностей получается одно право, гармонирующее съ требованіями вчерашней справедливости.“ [1])

Сверхъ того, вѣдь законодатель можетъ и ошибаться [2]) и, наконецъ, право можетъ имѣть воспитательное значеніе. Вѣдь и требованія нравственности могутъ быть дурны (проституція гостепріимства и т. п.) и право, законъ, можетъ бороться съ ними и искоренять ихъ, воспитывая въ народѣ лучшія качества, создавая новую болѣе совершенную нравственность.

Всецѣло присоединяясь, по вышеизложеннымъ соображеніямъ, къ теоріи этическаго минимума, мы должны теперь задаться еще однимъ послѣднимъ вопросомъ изъ области ученія о взаимоотношеніи права и нравственности. До сихъ поръ мы были озабочены установленіемъ сходныхъ между ними чертъ; требуется установить и различіе.

Общераспространенныя воззрѣнія указываютъ разницу въ томъ, что нравственность отличается внутренней принудительной силой, а право внѣшней. Но мы имѣли случай убѣдиться, что и нравственность обладаетъ внѣшней принудительной силой, такъ какъ общество строго осуждаетъ безнравственные поступки и люди порочные караются всеобщимъ презрѣніемъ и подвергаются даже остракизму общественнаго мнѣнія. Съ другой стороны мы видѣли, что право имѣетъ такую же внутреннюю принудительную силу, какъ и нравственность; всякій изъ насъ сознаетъ въ своей психикѣ наличность правового чувства; въ уголовномъ правѣ, какъ мы видѣли, внутренній элементъ права играетъ громадную роль; въ гражданскомъ правѣ воля, намѣреніе, сторонъ имѣютъ

---

[1]) Ibidem, стр. 257.

[2]) См. Jellinek, O. c, S. 55.

очень важное значеніе при установленіи юридическихъ послѣдствій договора—напримѣръ въ случаяхъ принужденія, заблужденія, обмана и т. д.

Затѣмъ, есть цѣлый рядъ ученыхъ, отвергающихъ существенность признака принудительности для понятія права. Къ оказанію личныхъ услугъ никто не можетъ быть прямымъ насиліемъ принужденъ, [1]) многія преступленія являются непоправимымъ зломъ, какъ напримѣръ нарушеніе супружеской вѣрности, нанесеніе увѣчья и т. п. [2])—Но ученые, представляющіе такія возраженія, очевидно подразумѣваютъ подъ принужденіемъ лишь физическое принужденіе, какъ Аренсъ, или неправильно смотрятъ на роль и значеніе психическаго принужденія въ правѣ, какъ проф. Коркуновъ. [3]) Послѣдній говоритъ, что психическое принужденіе, психическая принудительность, составляетъ признакъ не только права, но и нравственности.—Однако такой аргументъ не представляется убѣдительнымъ. Слѣдуетъ отличать понятіе правоваго чувства, непосредственно влекущаго человѣка къ исполненію предписаній права наравнѣ съ предписаніями нравственности; и понятіе косвенной принудительной силы права, которая имѣетъ несомнѣнно психическую природу, но вызывается исключительно угрозой невыгодныхъ послѣдствій въ случаѣ нарушенія права. Перваго рода психическая принудительность права совершенно соотвѣтствуетъ психической принудительности въ области нравственности—непосредственное правовое чувство совершенно аналогично нравственному чувству; втораго рода психическая принудительная сила права есть производное отъ внѣшняго физическаго принужденія и можетъ быть названа косвеннымъ физическимъ принужденіемъ.

---

[1]) Ahrens, Encycl., S 37.

[2]) O. c., S. 38; Коркуновъ, Лекціи общей теоріи права, 3-е изд., стр. 73.

[3]) O. c., стр. 74.

Другимъ возраженіемъ противъ принудительнаго характера права является указаніе, что въ исторіи (напримѣръ въ исторіи Ирландіи) можно найти примѣры отсутствія принудительной силы у судебныхъ рѣшеній, такъ что они исполнялись добровольно. [1]) Но это обстоятельство нисколько не говоритъ противъ существенности элемента принудительнаго осуществлѐнія для понятія права. Очевидно указанный добровольный порядокъ исполненія судебныхъ рѣшеній оказывался неудобнымъ, несоотвѣствующимъ характеру права, разъ онъ исчезъ безслѣдно. Кромѣ того—вѣдь было время, когда все право вообще не имѣло внѣшней принудительной силы, но такія начальныя, неразвитыя, или переходныя формы права безъ внѣшней принудительности являются исключеніемъ, подтверждающимъ правило, такъ какъ подобное несовершенное право или пріобрѣтаетъ съ теченіемъ времени внѣшнюю принудительность или перестаетъ дѣйствовать, уничтожается какъ не жизнеспособное.

Слѣдующее возраженіе противъ признака принудительности въ правѣ состоитъ въ указаніи примѣровъ нормъ права, не имѣющихъ принудительной силы. Есть много нормъ права, которыя не имѣютъ санкціи; нормы государственнаго права, регулирующія дѣятельность высшихъ государственныхъ установленій въ конституціонныхъ государствахъ, не имѣютъ санкціи и не могутъ принудительно осуществляться; не могутъ принудительно осуществляться и нормы международнаго права; случается что и снабженныя санкціей нормы иногда не могутъ осуществляться принудительно; напримѣръ нельзя взыскать деньги съ

---

[1]) J. G. Hibben, The relation of Ethics to Jurisprudence, Int. J. of. Eth., 1894, January, p.p. 148—149.

раззорившагося должника. [1]) Мы уже имѣли случай разбирать подобныя возраженія при ознакомленіи съ сочиненіями Іеринга, почему повторимъ здѣсь лишь вкратцѣ, что приведенные примѣры касаются или случаевъ невозможности примѣнить принужденіе по отношенію къ высшимъ органамъ государственной власти, или къ случаямъ физической невозможности осуществить право, или указываютъ на существованіе нормъ безъ санкціи—и во всякомъ случаѣ не представляются достаточно убѣдительными.

Вѣдь государство создаетъ право и само принудительно осуществляетъ его—кто же можетъ принуждать государственную власть? Государственная власть исполняетъ созданныя ею самой предписанія права, побуждаемая нравственнымъ сознаніемъ долга. Для подданныхъ этотъ мотивъ къ исполненію предписаній права пополняется стимуломъ принудительности права; для государственной власти первый мотивъ является единственнымъ, ибо ей принадлежитъ вся полнота внѣшней принудительной власти, а принуждать самого себя внѣшними мѣрами конечно нельзя. Сознаніе же своего долга въ лицахъ стоящихъ у власти возникаетъ и подбирается такимъ же путемъ какъ и вообще нравственныя чувства, являясь полезными для даннаго общества качествами. Наконецъ, имѣютъ вліяніе и чисто политическія соображенія, указанныя Іерингомъ. [2])—Совершенно потому же не осуществимы принудительно нормы международнаго права: надъ суверенными государствами нѣтъ высшей власти, которая могла бы ихъ принуждать. [3])—Физическая невозможность

---

[1]) См. Geyer, Rechtsphilosophie, 1863, S. 10; A. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, S. 6—7. Bierling, Kritik der jur. Grundbegriffe, I, S. 147; Gierke, Deutsche Priv. Recht. S. 114; Коркуновъ, Лекціи общей теоріи права, стр. 72; Щегловъ, О. c., стр. 112—114.

[2]) См. выше, стр. 111—112

[3]) Нормы международнаго права несомнѣнно представляются низшею формой права по сравненію съ закономъ. Онѣ устанавливаются не

осуществленія права въ извѣстныхъ, конкретныхъ, случаяхъ нисколько не уничтожаетъ принудительнаго характера права вообще, о чемъ мы уже имѣли случай говорить. [1])—Нормы же права, не имѣющія санкціи, являются несовершенными, технически неразвитыми, нормами и какъ таковыя имѣютъ скорѣе характеръ совѣтовъ, даже нравственныхъ нормъ, неправильно отнесенныхъ къ области права. Такъ напримѣръ нормы въ родѣ «жена должна любить своего мужа», «запрещается всѣмъ и каждому пьянство» являются скорѣе правилами нравственности, чѣмъ нормами законодательства, хотя не нужно забывать, что санкція имъ въ любой моментъ можетъ быть придана государствомъ.

Нѣкоторые юристы приводятъ, для опроверженія мнѣнія о принудительномъ характерѣ права, слѣдующее соображеніе: если бы всѣ соблюдали предписанія права добровольно, то никого не надо было бы принуждать; слѣдовательно принужденіе не есть существенный признакъ права. [2])—На это можно возразить лишь одно—мы не создаемъ утопій, а изслѣдуемъ факты дѣйствительности. И пока есть случаи нарушеній права, до тѣхъ поръ мы должны считать принудительность существеннымъ его элементомъ.

Наконецъ есть писатели голословно отрицающіе за правомъ характеръ принудительности. [3])

Въ виду всего изложеннаго—большинство самыхъ выдающихся ученыхъ юристовъ, у которыхъ предидущія сообра-

---

верховной властью, такъ какъ такой власти нѣтъ, а обычаемъ или первичнымъ договоромъ. Ср. Fr. Pollock, Essays in Jurisprudence and Ethics, 1882, p.p. 37—38.

[1]) См. выше, стр. 120—121.

[2]) A. Thon, Der Rechtsbegriff, Zeitschr. f. pr. u. öff. Recht, 7-er Bd. (1880), S. 263; Коркуновъ, О. с., стр. 70.

[3]) Напр. Affolter, Unters. üb. das Wesen des Rechts, S. 22; Alaux, Phil. morale et politique, 1893, p.p. 198, 199, 207, 215.

женія главнымъ образомъ и заимствованы, склоняются къ признанію принудительности за существенный признакъ права.[1])

Въ заключеніе мы должны устранить еще одно недоразумѣніе. Нѣчто подобное косвенному физическому принужденію, наблюдаемому въ правѣ, мы можемъ замѣтить и въ области нравственности: общество грозитъ нѣкоторыми невыгодными послѣдствіями тѣмъ изъ своихъ членовъ, которые преступятъ предписанія морали, такъ что лица съ слабо развитымъ нравственнымъ чувствомъ, недостаточно сильно влекущимъ ихъ къ нравственнымъ поступкамъ, побуждаются къ соблюденію предписаній нравственности именно боязнью вызвать противъ себя реакцію общественнаго мнѣнія.—Не исчезаетъ-ли вслѣдствіе того различие между правомъ и нравственностью.[2])

Недоразумѣніе это только кажущееся и занимающій насъ вопросъ по отношенію къ законодательству давно уже и безповоротно рѣшенъ никѣмъ инымъ какъ самимъ Іерингомъ—

[1]) Warnkönig, Jur. Enc., S. 23; Wächter, Würt. Pr.—R, I, S. 9, II, S. 4; R. Schmid, Theorie und Methodik, S. 236; Knapp, Rechtsphilos., S. 193; Vering, Gesch. u Pand., S. 13; Keller, Pandecten, S. 1; Lüders, Gewohnh.—Recht, S. 33; Brinz, Pand., I, S. 91; Rümelin, Reden und Aufsät I, S. 76, II, S. 349; Zrodlowski, R. Pr.—R, I, S. 4; Ihering, Zweck im Recht, I, S S. 95—97; 234—236; Vollgraff, R. u. St. Phil., S. 411; Wächter, Pand., I, S. 2—4; Regelsberger, Pand., S.S. 63, 83—84; Gierke, D. Pr.—Recht, I, S. 114 (какъ бы примирительное воззрѣніе); Gareis, Encycl., S. 19; Wallaschek, Studien, S. 82; Stricker, Physiologie des Rechts, S.S. 64-68, 88—9; Hagens, Staat, Recht und Völkerrecht, S. 18; Thiercelin, Principes, p. 41; Roguin, La règle du droit, p. 101; Brugi, Introd., p. 93; Puglia, Saggi, p.p. 14, 59; F. Guelfi, см. Puglia, o. c., p. 59; Ulrici, Die Quelle des Rechts, Z. f. Philos. N. F., 59 Bd. (1871), S.S. 175—176; Beudant, Le dr. individ; p. 19; D. Folleville, Notion du droit, p. 41—42; A. Lavallée, L'idée du droit, Revue gén, d'adm., Mars, 1891, p. 262; Капустинъ, Теорія права, стр. 68, 69, 75, 82, 85.

[2]) Такъ и рѣшаетъ, напримѣръ Geyer, Gesch. u. Syst. der Rechtsphilosophie, S. 110, говоря что между правомъ и нравственностью разницы по существу нѣтъ.

право охраняется государствомъ путемъ организованнаго принужденія; нравственность охраняется обществомъ путемъ неорганизованнаго принужденія. [1]) Въ неорганизованномъ принужденіи психическій элементъ играетъ главную роль; наоборотъ въ организованномъ принужденіи первенствующее значеніе принадлежитъ внѣшнему, физическому элементу, силѣ.—Поэтому-то и говорятъ, что право, т. е. законъ, есть этическій минимумъ, отличающійся отъ остальныхъ соціальныхъ императивовъ внѣшнею принудительностью. [2]) Обычное же право, подлежащее отчасти санкціи неорганизованнаго принужденія со стороны общества, отчасти же подкрѣпляемое организованнымъ принужденіемъ со стороны государства (когда примѣняется въ судахъ), занимаетъ безусловно среднее мѣсто, является переходною ступенью между моралью и закономъ, какъ высшей формой права. [3])

---

[1]) R. Ihering, Zweck im Recht, I, S.S. 309, 316. и др.

[2]) Röder, Affolter и Jellinck отличаются тѣмъ, что признавая право этическимъ минимумомъ, отрицаютъ за нимъ признакъ принудительности.

[3]) Воззрѣніе на обычное право какъ на переходную ступень между моралью и правомъ вскользь проглядываетъ у Іеринга, Geist des Röm. Rechts, II, S. 32; опредѣленно высказано оно у Holland'а, Jurispr., p. 50; Puglia, Saggi di Filos. giur., p. 54.

Глава 16-я.

Общій взглядъ и заключеніе.

Всякая научная теорія только тогда можетъ считаться удовлетворительной, когда стоитъ въ неразрывной и тѣсной связи съ другими научными теоріями, входитъ необходимой составною частью въ ихъ систему и образуетъ вмѣстѣ съ ними одно стройное органическое цѣлое. Утилитарно-эволюціонная теорія права съ совершеннѣйшей полнотой, какую только можно себѣ представить, удовлетворяетъ этому требованію.

Міровой процессъ, насколько сущность его доступна нашему наблюденію, представляетъ собою интеграцію матеріи и разсѣяніе движенія и называется этотъ процессъ эволюціей, эволюціоннымъ процессомъ. Въ результатѣ такаго процесса получается соединеніе однородныхъ атомовъ гипотетической первоматеріи въ различныя довольно простыя группы, называемыя атомами элементовъ, причемъ сравнивая физическія и химическія свойства элементовъ между собою, мы приходимъ къ убѣжденію, что атомы ихъ отличаются другъ отъ друга степенью сложности строенія и количествомъ заключенной въ нихъ энергіи и что эти два свойства находятся между собою въ обратно-пропорціональномъ отношеніи соотвѣтственно указанному закону эволюціи.—Атомы элементовъ также группируются другъ съ другомъ и образуютъ молекулы сложныхъ

тѣлъ, степень сложности которыхъ также весьма различна. Наиболѣе сложными по строенію являются такъ называемыя органическія вещества, отличающіяся весьма существенно отъ веществъ неорганическихъ, но въ тоже время связанныя съ ними цѣлымъ рядомъ нечувствительныхъ переходовъ, примѣромъ чему можетъ служить первобытная слизь (Urschleim, Batybius Haeckeli), покрывающая на большихъ глубинахъ дно океана. Органическое вещество обыкновенно образуется въ нѣдрахъ живыхъ организмовъ, хотя нѣкоторыя органическія соединенія могутъ быть приготовлены и искусственнымъ путемъ синтетически, что даетъ лишнее подтвержденіе нашей увѣренности въ происхожденіи міра органическаго изъ неорганическаго.

При наличности огромной массы разнообразнѣйшихъ по составу и свойствамъ неорганическихъ и органическихъ веществъ въ природѣ на каждомъ шагу приходится наблюдать факты, гдѣ энергія, выдѣляемая данными группами вещества, оказываетъ разрушающее дѣйствіе на другія, болѣе сложныя группы: сложность строенія является слѣдствіемъ оскудѣнія энергіей вообще или превращенія ея изъ свободной въ связанную, изъ кинетической формы въ потенціальную; энергія, освобождаемая по какому нибудь случаю, или прямо сообщается бѣдной энергіей массѣ вещества (напримѣръ явленіе электролиза, диссоціація подъ вліяніемъ нагрѣванія) или дѣйствуетъ какъ толчокъ и вызываетъ превращеніе потенціальной энергіи даннаго тѣла въ кинетическую (напримѣръ сгараніе дерева), сопровождаемое также явленіемъ диссоціаціи, но соединенной съ освобожденіемъ энергіи.—Но въ общемъ міровой процессъ сохраняетъ все таки характеръ интеграціи матеріи и разсѣянія энергіи, такъ что случаи интеграціи съ поглощеніемъ энергіи и разсѣянія энергіи при диссоціаціи являются до извѣстной степени исключеніемъ, уступая противоположнымъ процессамъ и комбинаціямъ. Въ общемъ и цѣломъ міръ представляетъ картину

колебаній въ ту и другую сторону, но процессъ интеграціи постепенно беретъ верхъ, взаимодѣйствіе силъ пріобрѣтаетъ все большую и большую правильность, колебанія дѣлаются ритмичными и обнаруживаютъ тенденцію къ достиженію подвижнаго равновѣсія, а современемъ вѣроятно и абсолютнаго покоя.

Общему закону эволюціи подчиняются и органическія существа. При сложности ихъ состава достаточно незначительнаго толчка, чтобы разрушить данную комбинацію, причинить такъ называемую смерть. Но такъ какъ общій характеръ міроваго процесса благопріятенъ образованію и сохраненію сложныхъ комбинацій органическаго вещества, то живые организмы, погибая миріадами въ отдѣльныхъ случаяхъ, въ общемъ имѣютъ возможность размножаться и строеніе ихъ постепенно усложняется и пріобрѣтаетъ такія свойства, которыя обезпечиваютъ ихъ до извѣстной степени противъ разрушенія внѣшними вліяніями. Этотъ процессъ, необходимое слѣдствіе самаго характера міроваго процесса, мы называемъ борьбою за существованіе; и когда въ живыхъ организмахъ загорается первая искра сознанія—борьба за существованіе получаетъ свое внутреннее выраженіе въ чувствѣ самосохраненія.

Вслѣдствіе общаго стремленія міровой матеріи къ пріобрѣтенію сложнѣйшихъ и въ тоже время все болѣе и болѣе устойчивыхъ формъ, живые организмы неуклонно совершенствуютъ съ теченіемъ времени способы борьбы за существованіе и все болѣе и болѣе обезпечиваютъ ея успѣхъ. Основное стремленіе живыхъ индивидуумовъ—усложненіе строенія и дифференціація функцій—служащее выраженіемъ все того же великаго міроваго закона эволюціи, представляетъ собою ничто иное какъ постепенное и все болѣе совершенное уравновѣшеніе внутреннихъ силъ между собою и съ силами внѣшними, обезпечивающее побѣду въ борьбѣ за существованіе. Сверхъ того, индивидуальная изолированная

борьба за существованіе мало по малу превращается въ коллективную или соціальную борьбу за существованіе. Отдѣльные индивидуумы соединяются въ группы и совмѣстными силами ведутъ борьбу за существованіе съ внѣшними неблагопріятными условіями. При этомъ, по тому же общему закону эволюціи, и въ обществѣ какъ цѣломъ наблюдается возникновеніе организаціи, т. е. усложненія строенія и дифференціаціи функцій, что въ наукахъ экономическихъ называется раздѣленіемъ труда.

Но общественный организмъ слагается изъ индивидуумовъ и эти послѣдніе, участвуя въ коллективной борьбѣ за существованіе, ведутъ и индивидуальную борьбу между собою. Индивидуальная борьба членовъ общества между собою не можетъ быть безразлична для общества въ цѣломъ; при извѣстной интенсивности этой борьбы внутреннее равновѣсіе въ обществѣ нарушается, общественныя связи ослабляются и общая приспособленность соціальнаго цѣлаго къ борьбѣ за существованіе падаетъ. Только то̀ общество жизнеспособно, въ которомъ общественныя связи, соціальныя стремленія, какъ качества благопріятныя коллективной борьбѣ за существованіе, преобладаютъ надъ неблагопріятными для нея обстоятельствами, выражающимися въ слишкомъ энергичной индивидуальной борьбѣ за жизнь и счастіе. Такимъ образомъ, путемъ прямаго и косвеннаго уравновѣшенія, путемъ унаслѣдованія пріобрѣтенныхъ качествъ и естественнаго отбора— въ отдѣльныхъ индивидуумахъ, членахъ общества, развиваются полезныя обществу психическія свойства, правила поведенія согласнаго съ цѣлями общества, называемыя нравственностью.

Ужѐ въ простѣйшихъ обществахъ, у животныхъ, мы видимъ несомнѣнную наличность такихъ полезныхъ обществу психическихъ качествъ, называемыхъ общественными инстинктами. Въ человѣческихъ обществахъ эти качества получаютъ постепенно самое широкое развитіе и, по общему закону эволю-

ціи, дифференцируются въ нѣсколько разнообразныхъ видовъ правилъ поведенія, которыя мы называемъ общимъ именемъ соціальныхъ императивовъ, а въ частности различаемъ какъ моду, нравы и обычаи, мораль, право (Mode, Sitte, Moral, Recht).

Эти соціальные императивы не одинаковы по степени своей важности для цѣлей сохраненія жизнеспособности соціальнаго организма и по тому санкціонируются со стороны общества не съ одинаковой интенсивностью.

Мода является самымъ слабымъ изъ соціальныхъ императивовъ, но несомнѣнно можетъ служить здоровымъ цѣлямъ общественной жизни. Напримѣръ, мода содѣйствовала замѣнѣ хотя и красивыхъ, но дорогихъ и неудобныхъ срецневѣковыхъ мужскихъ костюмовъ современными, болѣе удобными и дешевыми; мода въ области спорта и изящныхъ искусствъ можетъ содѣйствовать физическому и эстетическому развитію общества.—Санкція требованій моды весьма слаба; неподчиняющійся предписаніямъ моды развѣ что прослыветъ чудакомъ и въ худшемъ случаѣ не будетъ приглашаемъ на различные общественные праздники и увеселенія; но это не помѣшаетъ ему остаться полезнымъ и уважаемымъ членомъ общества. Но вслѣдствіе сравнительно ничтожнаго значенія моды, какъ средства къ охраненію жизнеспособности общества, требованія ея очень часто, и безъ значительнаго ущерба обществу, извращаются и становятся пустыми, нелѣпыми и странными; они могутъ даже становиться вредными, какъ напримѣръ ношеніе корсета, но въ подобныхъ случаяхъ рано или поздно вызываютъ реакцію.

Слѣдующій по степени интенсивности императивъ—нравы и обычаи—представляется болѣе необходимымъ для цѣлей благосостоянія общества. Сюда относятся правила вѣжливаго обращенія вообще, особенная сдержанность въ взаимныхъ отношеніяхъ лицъ разныхъ половъ въ обществѣ, правила чести и т. п. Нѣкоторые обычаи не имѣютъ прямаго значе-

нія для общества, но служатъ какъ бы украшеніемъ жизни, удовлетворяя эстетическимъ потребностямъ, прерывая будничное однообразіе трудовой жизни; сюда относятся устройство елки на Рождество, особыя приготовленія къ празднованію Пасхи, различныя общественныя увеселенія, праздники и процессіи.—Бываютъ и нелѣпые и вредные обычаи, но вѣдь бывали и бываютъ безобразныя нравственныя правила; и тѣ и другія, какъ вредныя для общества явленія, постепенно исчезаютъ, или погибая вмѣстѣ съ культивирующими ихъ обществами, или замѣняясь болѣе цѣлесообразными нормами соціальныхъ императивовъ.

Исполненіе предписаній нравственности имѣетъ несравненно болѣе важное значеніе для общества, чѣмъ слѣдованіе модѣ и соблюденіе обычаевъ, почему и реакція общества противъ нарушителей этихъ правилъ отличается особой интенсивностью. Пьяницу, явнаго прелюбодѣя, завѣдомаго хотя и не уличеннаго казнокрада— обыкновенно перестаютъ принимать въ порядочныхъ домахъ, онъ дѣлается предметомъ общаго презрѣнія и фактически извергается изъ общества. Общество принуждаетъ своихъ членовъ къ исполненію правилъ морали, если они не имѣютъ достаточно развитыхъ внутреннихъ къ тому побужденій и это принужденіе, хотя и не организованное, является могущественнымъ средствомъ укрѣпленія и дальнѣйшаго развитія соціальныхъ добродѣтелей, въ высшей степени полезныхъ и даже необходимыхъ обществу.

Наконецъ, есть цѣлый рядъ правилъ поведенія, соблюденіе которыхъ безусловно необходимо для жизнеспособности общества. Исполненіе этихъ правилъ гарантируется организованнымъ принужденіемъ со стороны общества и этотъ видъ соціальнаго императива называется правомъ. Къ исполненію требованій права человѣкъ побуждается внутреннею склонностью, называемою правовымъ чувствомъ, совершенно тождественною съ нравственнымъ чувствомъ. Это чувство

прирождено человѣку, унаслѣдовано имъ какъ полезный признакъ отъ предковъ, почему старые философы, какъ Кантъ, признавали требованія права—вмѣстѣ съ требованіями нравственности—безусловными и называли категорическимъ императивомъ. И такъ какъ соблюденіе предписаній права для общества безусловно необходимо, то оно организуетъ въ лицѣ государственной власти высшую непреодолимую силу, которая между прочими функціями своими принуждаетъ населеніе къ повиновенію предписаніямъ права.

Высшая форма права—законъ—отличается безусловной принудительностью (исключая случаевъ фактической невозможности принужденія и техническаго несовершенства его организаціи); ясностью, точностью и опредѣленностью своихъ требованій; наивысшей степенью цѣлесообразности, какую только можно требовать отъ цвѣта интеллигенціи даннаго народа; и высшей степенью прогрессивности, такъ какъ эта форма права не только можетъ быстро измѣнять свое содержаніе соотвѣтственно измѣняющимся требованіямъ жизни, но и оказываетъ во многихъ случаяхъ несомнѣнно благотворное вліяніе на общество, имѣетъ воспитательное значеніе, является орудіемъ прогресса какъ приспособленіе общества къ внѣшнимъ условіямъ жизни.

Въ историческомъ развитіи закону предшествуетъ другая, менѣе совершенная, форма права—обычное право. Хотя оно имѣетъ много чертъ общихъ съ законодательствомъ—именно является совокупностью правилъ поведенія, соблюденіе которыхъ безусловно необходимо для общества, и потому обладаетъ организованной принудительностью (напримѣръ примѣняется въ судахъ); но съ другой стороны по своему характеру оно значительно приближается къ морали, такъ какъ примѣненіе его основывается преимущественно на внутреннемъ сознаніи необходимости, вырабатывающемся медленно и постепенно въ нѣдрахъ народа, а не на точныхъ предписаніяхъ государственной власти, и санкціонируется во мно-

гихъ случаяхъ, при слабости этой власти на раннихъ ступеняхъ культуры, главнымъ образомъ тѣмъ же неорганизованнымъ принужденіемъ со стороны общества, какъ и требованія морали — отличаясь отъ послѣдней лишь большей степенью интенсивности общественной реакціи противъ нарушителя. Поэтому обычное право должно быть признано переходной ступенью между моралью и правомъ въ истинномъ смыслѣ — закономъ.

Четыре соціальные императива (Mode, Sitte, Moral, Recht), главнымъ же образомъ послѣдніе два изъ нихъ, полагаютъ извѣстныя границы индивидуальной борьбѣ за существованіе отдѣльныхъ членовъ общества между собою. Безпощадная, неразборчивая въ средствахъ, индивидуальная борьба за существованіе замѣняется болѣе мягкими формами борьбы за субъективное право и за личное счастіе, совершающейся въ границахъ, начертанныхъ объективнымъ правомъ и моралью. Съ нарушителями этихъ соціальныхъ императивовъ общество борется и въ особенности энергично ведется эта борьба противъ нарушителей предписаній права. — За многія правонарушенія полагаются болѣе или менѣе тяжкія наказанія и эти правонарушенія называются преступленіями. Такимъ образомъ изъ среды нормъ поведенія, устанавливаемыхъ правомъ, опять таки выдѣляется нѣкоторая часть, за исполненіемъ которыхъ общество особенно ревниво наблюдаетъ вслѣдствіе особенной важности и необходимости ихъ соблюденія. При этомъ должно имѣть въ виду, что примѣненіе наказанія за преступленія является ничѣмъ инымъ какъ видомъ все того же великаго міроваго процесса уравновѣшенія: наказаніе имѣетъ цѣлью исправленіе тѣхъ преступниковъ, которые способны исправиться, — это прямое уравновѣшеніе; и элиминацію неисправимыхъ — это косвенное уравновѣшеніе. Кромѣ того, наказаніе вліяетъ и устрашающимъ образомъ — это опять прямое уравновѣшеніе. Хотя въ настоящее время наказанія устанавливаются исключительно въ цѣляхъ исправленія и элими-

націи и стремленіе къ устрашенію не служитъ стимуломъ отягченія наказаній—вслѣдствіе доказанной безполезности, однако производнаго, такъ сказать побочнаго, устрашающаго вліянія наказаній—никто не отрицаетъ.

Изъ этого бѣглаго обзора мы могли убѣдиться, что утилитарно-эволюціонная теорія права совершенно удовлетворительно объясняетъ намъ современное положеніе вещей. Попробуемъ же приподнять завѣсу будущаго, руководствуясь опять таки указаніями эволюціонной теоріи, оказавшей такія неоцѣненныя услуги при изученіи прошлаго и истолкованіи настоящаго.

Въ предсказаніяхъ относительно будущаго мы не можемъ не примкнуть къ взглядамъ Спенсера. Прогрессъ, какъ мы видѣли, есть законъ природы; достиженіе постепенно все высшихъ и высшихъ степеней совершенства во всѣхъ отношеніяхъ, т. е. наибольшей приспособленности къ окружающему міру, —является для человѣка естественною необходимостью.

Въ литературѣ нерѣдко раздавались голоса противъ Спенсеровой теоріи прогресса, высказывались мнѣнія, что полное уравновѣшеніе силъ въ обществѣ невозможно. Такъ какъ прекращеніе борьбы за существованіе приведетъ къ застою и затѣмъ къ регрессу; такъ какъ темпъ прогресса по мѣрѣ приближенія къ идеалу равновѣсія будетъ все замедляться; и такъ какъ внѣшнія условія жизни также измѣняются, то полное приспособленіе и полное равновѣсіе—недостижимы. [1])

Но вѣдь Спенсеръ и не говоритъ о полномъ и абсолютномъ приспособленіи и уравновѣшеніи; Спенсеровъ законъ

---

[1]) Напр. De Greef, Le Transformisme social, 1895, p. 350; Durkheim, De la division du travail social, 1893, p. 384—385; B. Kidd, Social evolution, p.p. 39—40; 169—170.

прогресса есть асимптотическій законъ. [1]) Вѣчно стремиться, работать и бороться — вотъ удѣлъ человѣчества. Но стремленія трудящихся увѣнчиваются успѣхомъ, борьба ведетъ къ побѣдѣ. Постоянно достигать намѣченныхъ цѣлей и вѣчно ставить себѣ новыя болѣе благородныя цѣли—завидный удѣлъ; и въ области занимающихъ насъ вопросовъ морали и права направленіе пути, которымъ пойдетъ прогрессирующее человѣчество, намѣчается довольно ясно.

Мы прослѣдили эволюцію права. Въ видѣ небольшой группы правилъ поведенія, безусловно необходимыхъ для существованія общества, право обособилось, какъ этическій минимумъ, изъ болѣе широкой области нравственныхъ нормъ. Отличаясь первоначально отъ морали лишь нѣсколько большей интенсивностью санкціи общественнаго мнѣнія, право мало по малу начинаетъ обезпечивать исполненіе своихъ предписаній не только этимъ неорганизованнымъ принужденіемъ, но создаетъ для себя и болѣе дѣйствительную санкцію въ видѣ организованной принудительной силы государства.

Постепенно совершенствуясь въ этомъ отношеніи интенсивности, проходя стадіи развитія обычнаго права, записанныхъ юридическихъ обычаевъ, санкціонированныхъ государственной властью сборниковъ обычнаго права, и принимая наконецъ высшую изъ извѣстныхъ намъ формъ—форму закона, право въ тоже время пріобрѣтаетъ все большую и большую экстенсивность, охватываетъ все бо̀льшія области, расширяетъ

---

[1]) Выраженіе принадлежитъ Анджело Майорана: Ecco perche ho chiamato assintotica, la legge del progresso. Il cammino dell'umanita... potrebbe essere graficamente espresso da una linea a spirale, che oscilli, con ondulazioni sempre minori attorno ad unico asse". Prof. Angelo Majorana, Teoria sociologica della costituzione politica, 2-da edizione, 1894, p. 231. Объ этомъ говоритъ и S. Alexander, Moral Order and Progress, 2-d ed. 1891, p. 268. Да и самъ Спенсеръ на это указываетъ: въ статьѣ „Абсолютная политическая этика" (Nineteenth century, Jan. 1890, переводъ въ Р. Мысли, Мартъ 1890) онъ говоритъ о цѣли прогресса, которая должна быть признана, „хотя она не можетъ быть достигнута на самомъ дѣлѣ", стр. 265.

сферу регулируемыхъ имъ человѣческихъ отношеній. Исторія права всѣхъ цивилизованныхъ народовъ показываетъ намъ, что нормы права первоначально считаются десятками, а съ теченіемъ времени разрастаются до многихъ тысячъ и даже десятковъ тысячъ. Если мы при этомъ примемъ во вниманіе, что подобнаго умноженія предписаній нравственности не наблюдается, что при измѣнчивости содержанія морали кругъ ея вѣдѣнія остается почти неизмѣненъ; если мы примемъ во вниманіе, что законодательство не только обезпечиваетъ исполненіе требованій нравственности, но даже стремится оказывать облагораживающее вліяніе на ея содержаніе, то мы едвали ошибемся, сдѣлавъ предположеніе, что возникшее первоначально въ формѣ этическаго минимума право постепенно захватываетъ все бо̀льшую и бо̀льшую часть сферы нравственности и имѣетъ тенденцію поглотить её окончательно.

Въ свою очередь нравственность, прогрессируя въ отношеніи содержанія, интенсифицируя въ людяхъ сознаніе ихъ взаимной солидарности, развивая все болѣе и болѣе импонирующее чувство долга, распространяетъ свой категорическій императивъ все далѣе и далѣе въ область права, все болѣе и болѣе обезпечивая повиновеніе закону «не только за страхъ, но и за совѣсть».

Сліяніе этихъ двухъ областей—морали и права—и есть тотъ идеалъ, къ которому мы стремимся.

Чтобы исполненіе всѣхъ требованій нравственности было равно обезпечено со стороны права; чтобы при этомъ слѣдованіе всѣмъ предписаніямъ права сознавалось каждымъ какъ неизбѣжный долгъ и чтобы такимъ образомъ принужденіе къ повиновенію сдѣлалось излишнимъ—вотъ задача для будущаго. Къ разрѣшенію ея мы постепенно и неуклонно приближаемся, но возможность полнаго осуществленія идеала уходитъ въ безконечность.

УКАЗАТЕЛЬ ЦИТИРУЕМЫХЪ СОЧИНЕНІЙ.

(Въ порядкѣ латинскаго алфавита).

1) E. Acollas, Introduction à l'étude du droit. 1895.

2) F. Adickes, Zur Lehre von den Rechstquellen. 1872.

3) A. Affolter, Untersuchungen ueber das Wesen des Rechts. 1889.

4) A. Affolter, Der Rechtssatz und seine Geltung; Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht, 18 Band (1891).

5) M. Aguiléra, L' idée du droit en Allemagne. 1893.

6) H. Ahrens, Juristische Encyclopaedie. 1855.

7) J. E. Alaux, Philosophie morale et politique. 1893.

8) S. Alexander, Moral Order and Progress. Second edition, 1891.

9) S. Alexander, Natural Selection in Morals; International Journal of Ethics, July, 1892.

10) Sheldon Amos, The Science of Law. 2-d edition, 1874.

11) C. Aubry et C. Rau, Cours du droit civil français. 4-ème édition, 1869.

12) John Austin, Lectures on Jurisprudence. 4-th edition, 1873.

13) Д. Азаревичъ, «Р. Іерингъ»; Журналъ Гражданскаго и Уголовнаго Права, Декабрь, 1882.

14) J. J. Bachofen, Das Mutterrecht. 1861.

15) W. Bagehot, Physics and Politics. 1873.

16) Jul. Bahnsen, «Dahn, Dr. Felix, Die Vernunft im Recht»; Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft, 3-er Band (1882).

17) O. Bähr, Der Rechtsstaat. 1864.

18) A. D. Balfour, Naturalism and Ethics; International Journal of Ethics, July, 1894.

19) J. Baron, Pandekten. 1879.

20) Alfr. Barrat, Physical Ethics. 1869.

21) E. I. Bekker, Ueber den Rechtsbegriff; Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft, I Band (1878).

22) E. I. Bekker, Ueber den Streit der historischen und filosofischen Rechtsschule. 1886.

23) E. I. Bekker, Ernst und Scherz ueber unsere Wissenschaft. 1892.

24) G. Belot, L' utilitarisme et ses nouveaux critiques; Revue de métaphysique et de morale, 2-ème année (1894).

25) J. Bentham, Theory of Legislation, translated from the french of Etiènne Dumont by R. Hildreth. Fifth edition, 1887.

26) J. Bentham, Oeuvres. 4-ème édition, 1840.

27) Karl Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Band I, 1892.

28) Georg Beseler, Volksrecht und Juristenrecht. 1843.

29) Georg Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 2-te Auflage, 1866.

30) Ch. Beudant, Le droit individuel et l'état. 2-de édition, 1891.

31) В. М. Бехтеревъ, О локализаціи сознательной дѣятельности у животныхъ и человѣка. 1896.

32) E. R. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Erster Band, 1877; Zweiter Band, 1883.

33) E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Erster Band, 1894.

34) Friedr. Bluhme, Encyclopaedie. 2-te Auflage, 1854.

35) Dr. (J. K.) Bluntschli, Deutsches Privatrecht. 1-te Auflage, 1853; Zweite Auflage, 1860.

36) Felix Boas, Der Kampf um's Recht ein Pflichtgebot? 1876.

37) E. Böcking, Pandekten. 1853.

38) Alph. Boistel, Cours élémentaire de droit naturel. 1870.

39) G. Bovio, Filosofia del diritto. 4-ta edizione, 1894.

40) Th. Brett, Commentaries on the present laws of England. Second edition, 1891.

41) A. Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 1-te Auflage, 1857; 2-te Auflage, 1873.

42) H. Brochet de la Fléchère, Les révolutions du droit. 1878.

43) Herbert Broom, Commentaries on the common law. 4-th edition, 1869.

44) Biagio Brugi, Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali. 1891.

45) C. G. Bruns, Das heutige Römische Recht; въ Encyclopaedie der Staatswissenschaften, Holzendorf'a. 5-te Auflage, 1890.

46) G. Carle, La vita del diritto. 2-da edizione, 1890.

47) B. Carneri, Sittlichkeit und Darwinismus. 1881.

48) P. Cogliolo, Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato. 1885.

49) J. P. Courcelle-Séneuil, Préparation à l'étude du droit. 1887.

50) Felix Dahn, Zur Rechtsphilosophie; Kritische Vierteljahrsschrift, XII Band (1870).

51) Felix Dahn, Vom Wesen und Werden des Rechts; Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft, 2-er Band (1879).

52) Felix Dahn, Die Vernunft im Recht, Grundlagen der Rechtsphilosophie. 1879.

53) Felix Dahn, Ueber Werden und Wesen des Rechts; Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft, 3-er Band (1882).

54) L. Dargun, Zur Methodik der sociologischen Rechtslehre. Archiv für öffentliches Recht, 2-er Band (1887).

55) Erasmus Darwin, Zoonomia. 1794.

56) Чарльзъ Дарвинъ, Происхожденіе человѣка; переводъ подъ редакціей Сѣченова. 1871.

57) П. Дашкевичъ, Будущее гражданское уложеніе и народные обычаи; Юридическій Вѣстникъ, Августъ 1886.

58) Yves Delage, La structure du Protoplasma et les theories sur l'hérédité. 1895.

59) A. M. Demante, Cours analitique de Code civil. 2-ème édition, 1881.

60) C. Demolombe, Cours du Code Napoléon. 2-ème édition, 1860.

61) H. Dernburg, Pandekten, Erster Band. 1884.

62) Г. Друммондъ, Прогрессъ и эволюція человѣка. Русскій переводъ, 1896.

63) E. Durkheim, De la division du travail social. 1893.

64) А. Ефименко, Изслѣдованія народной жизни. Выпускъ I: обычное право. 1884.

65) С. Егіазаровъ, Изслѣдованія по исторіи учрежденій въ Закавказьи. I, Сельская община, 1889; II, Городскіе цехи, 1891.

66) Fr. Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt; Archiv für die civilistische Praxis, 69 Band (1886).

67) M. Eschbach, Cours d' introduction générale à l'étude du droit. 2-ème édition, 1846.

68) А. Филипповъ, Народное обычное право; Русская Мысль, Сентябрь, 1886.

69) W. Fischer, Rechts- und Staats-Philosophie. 2-te Auflage, 1882.

70) John Fiske, Outlines of cosmic philosophy. 1874.

71) John Fiske, The Destiny of Man. 1884.

72) D. de Folleville, Notion du droit et de l' obligation. 1873.

73) Th. Fowler, Progressive Morality. 1895.

74) R. Frank, Naturrecht, geschichtliches Recht und sociales Recht. 1891.

75) Freeman, Comparative politics. 1873.

76) Georg Frenzel, Recht uud Rechtssätze. 1892.

77) A. Friedländer, Juristische Encyclopaedie. 1847.

78) N. D. Fustel de Coulanges, La Cité antique. 5-ème édition, 1874.

79) Ю. С. Гамбаровъ, Общественный интересъ въ гражданскомъ правѣ; Юридическій Вѣстникъ, томъ IX (1879).

80) Ю. С. Гамбаровъ, Добровольная и безмездная дѣятельность въ чужомъ интересѣ. Выпускъ I, 1879.

81) Carl Gareis, Encyclopaedie und Methodologie der Rechtswissenschaft. 1887.

82) C. F. Gerber, Das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts. 1846.

83) C. F. Gerber, System des deutschen Privatrechts... neubearbeitet von Konrad Cosack. 17-e Auflage, 1895.

84) Aug. Geyer, Geschichte und System der Rechtsphilosophie. 1863.

85) Otto Gierke, Naturrecht und Deutsches Recht. 1883.

86) Otto Gierke, Deutsches Privatrecht. 1895. Въ Systematisches Handduch der Deutschen Rechtswissenschaft, Karl'a Binding'a.

87) A. Giraud-Teulon, Les origines du mariage et de la famille. 1884.

88) G. v. Gizycki, Moralphilosophie. 1889.

89) L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 1864.

90) Guil. de Greef, Le transformisme social. 1895.

91) Д. Гриммъ, Къ вопросу о понятіи и источникѣ обязательности юридическихъ нормъ; Журналъ Министерства Юстиціи, Іюнь, 1896.

92) M. Guyau, La morale anglaise contemporaine. 2-de édition, 1885.

93) L. v. Hagens, Staat, Recht und Völkerrecht. 1890.

94) P. de Hauleville, La définition du droit. 1875.

95) W. E. Hearn, The theory of legal duties and rights. 1883

96) A. Heilinger, Recht und Macht. 1890.

97) F. Herzfelder, Gewalt und Recht. 1890.

98) F. Herzfelder, Zur neueren Litteratur ueber das Wesen des Rechts; Archiv für öffentliches Rechts, VII Band (1892).

99) R. Hirschberg, Das Recht zu Sündigen! 1896.

100) A. L. Hodder, Utilitarianism; International Journal of Ethics, 1892.

101) H. Höffding, Ethik. 1887.

102) E. Hölder, Pandekten. 1891.

103) E. Hölder, Ueber die Natur des Rechts. 1891.

104) Th. E. Holland; The Elements of Jurisprudence. Second edition, 1893.

105) R. Holzschuher, Theorie und Casuistik eines gemeinen Civilrechts. 1843.

106) Th. H. Huxley, Evolution and Ethics and other Essays. 1895.

107) G. Jellinek, Die Socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. 1878.

108) P. Jessen, Versuch einer wissenschaftlicher Begründung der Psychologie. 1855.

109) R. v. Ihering, Der Geist des Römischen Rechts auf den verchiedenen Stufen seiner Entwickelung. I, 1852; II, 1, 1854; II, 2, 1858.

110) R. v. Ihering, L' Esprit du droit Romain. III, 1, 1865; traduit par Meulenaere, 1878.

111) R. v. Ihering, Der Kampf um's Recht. 6-te Auflage, 1881.

112) R. v. Ihering, Der Zweck im Recht. Erster Band, 2-te Auflage, 1884 (1-te Auflage 1877); Zweiter Band, 2-te Auflage, 1886 (1-te Auflage, 1883).

113) R. v. Ihering, Die geschichtlich-gesellschaftlichen Grundlagen der Ethik. Jahrbücher für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft, 6-er Jahrgang (1882).

114) R. v. Ihering, Gesammelte Aufsätze. Erster Band, 1881; Zweiter Band, 1882.

115) R. v. Ihering, Die Entwicklungsgeschichte des Römischen Rechts. Посмертное изданіе, 1894.

116) Итоги земской статистики, Томъ I, В.В., Крестьянская община, 1892.

117) М. Капустинъ, Теорія права. Томъ первый. 1868.

118) Ап. Карелинъ, Общинное землевладѣніе въ Россіи. 1893.

119) Hiroyuki Katô, Der Kampf um's Recht des Stärkeren und seine Entwickelung. 1894.

120) А. Кауфманъ, Застывшая исторія общины; Вѣстникъ Европы, Іюнь, 1893.

121) F. L. v. Keller. Pandekten. 1861.

122) Benjamin Kidd, Social Evolution. 16-th thousand, 1895.

123) J. F. Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts. 1839.

124) L. Knapp, System der Rechtsphilosophie. 1857.

125) М. Ковалевскій, Общинное землевладѣніе. 1879.

126) М. Ковалевскій, Современный обычай и древній законъ. 1886.

127) М. Ковалевскій, Очерки происхожденія семьи и собственности. Переводъ съ французскаго. 1895.

128) J. Kohler, Zur vergleichenden Rechtswissenschaft und ihrer Litteratur; Kritische Vierteljahrsschrift, Neue Folge, Band IV (1881).

129) J. Kohler, Das Recht als Culturerscheinung. 1885.

130) J. Kohler, Rechtsgeschichte und Culturgeschichte; Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht, 12 er Band (1885).

131) J. Kohler, Die Entwickelung im Recht; ibidem, 14-er Band (1887).

132) J. Kohler, Recht, Glaube und Sitte; ibidem, 19-er Band (1892).

133) J. Kohler, Die Ideale im Recht; Archiv für bürgerliches Recht, 5-er Band (1891).

134) J. Kohler, Recht und Pflicht; ibidem, 6-er Band (1892).

135) J. Kohler, Die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch; Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht, 23 Band (1896).

136) Н. М. Коркуновъ, Наука права и естествознаніе; Журналъ Гражданскаго и Уголовнаго Права, 1879, № 2.

137) Н. М. Коркуновъ, Русское Государственное Право. Томъ I, 2-е изданіе, 1893.

138) Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права. 3-е изданіе, 1894.

139) Н. М. Коркуновъ, Указъ и Законъ. 1894.

140) E. Kraepelin, Ueber Erinnerungstäuschungen; Archiv für Psychiatrie, Bände XVII und XVIII (1886 und 1887).

141) Крафтъ-Эбингъ, Учебникъ психіатріи 2-е русское изданіе, 1890.

142) L. Kühnast, Kritik moderner Rechtsphilosophie. 1887.

143) J. B. Lamarck, Histoire Naturelle des animaux sans vertèbres. 1816—1822.

144) Adolph Lasson, System der Rechtsphilosophie. 1882.

145) A. Lavallée, L' idée du droit; Revue générale d' administration, Mars, 1891.

146) E. de Laveley, Das Ureigenthum. Нѣмецкій переводъ, 1879.

147) Leithner, Was ist Recht?

148) Ѳ. Леонтовичъ, Замѣтки о разработкѣ обычнаго права; Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія, часть 198 (1878).

149) А. Леонтьевъ, Волостной Судъ и юридическіе обычаи крестьянъ. 1895.

150) D. Lioy, Filosofia del diritto. Нѣмецкій переводъ, 1885.

151) J. Lorimer, The institutes of law, 1872.

152) J. Lubbock, Die Entstehung der Civilisation. Нѣмецкій переводъ, 1875.

153) W. Lüders, Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung. 1863.

154) J. S. Mackenzie, An Introduction to social philosophy. 2-d edition, 1895.

155) H. S. Maine, Ancient Law. 1861.

156) Ang. Majorana, Teoria sociologica della costituzione politica. 2-da edizione, 1894.

157) М. Манассеина, Сонъ какъ треть жизни человѣка. Вѣстникъ Европы, 1888, №№ 9, 10, 11 и 12.

158) P. Mantia, La Psicogenesi del diritto. 1893.

159) W. Markby, Elements of law. 3-d edition, 1885.

160) J. D. Mayne, A Treatise on Hindu Law and Usage. 1878.

161) Ernst Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche. 1861.

162) F. Meili, Die Gesetzgebung und das Rechtsstudium der Neuzeit. 1894.

163) Anton Menger, Ueber die socialen Aufgaben der Rechtswissenschaft. 1895.

164) Ad. Merkel, Rechtsnorm und subjectives Recht; Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht, 6-er Band (1879).

165) Ad. Merkel, Recht und Macht; Jahrbücher für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft, 5-er Jahrgang (1881).

166) Ad. Merkel, Juristische Encyclopaedie. 1885.

167) Ad. Merkel, Elemente der allgemeinen Rechtslehre; въ Encyclopaedie der Staatswissenschaften, Holtzendorf'a, 5-e Auflage, 1890.

168) Ad. Merkel, «Jhering»; Jahrbücher für die Dogmatik, 32 Band (N. F. XX Bd.), 1893.

169) Метла, Обычай и законъ; Юридическій Вѣстникъ, томъ IX (1877).

170) J. St. Mill, Utilitarianism. 5-th edition, 1874.

171) L. Miraglia, Filosofia del diritto. 2-da edizione, 1893.

172) M. Morasso, La evoluzione del diritto. 1893.

173) L. H. Morgan, Die Urgesellschaft. Нѣмецкій переводъ, 1891.

174) F. Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civil. 12-ème édition, 1884.

175) C. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1837.

176) Paul Müller, Die Elemente der Rechtsbildung und des Rechts. 1877.

177) П. Мулловъ, Значеніе народныхъ юридическихъ обычаевъ; Журналъ Министерства Юстиціи, Январь, 1862.

178) С. Муромцевъ, Очерки общей теоріи гражданскаго права. 1877.

179) С. Муромцевъ, Опредѣленіе и основное раздѣленіе права. 1879.

180) С. Муромцевъ, Образованіе права по ученіямъ нѣмецкой юриспруденціи. 1886.

181) С. Муромцевъ, Творческая сила юриспруденціи; Юридическій Вѣстникъ, томъ XXVI (1887).

182) С. Муромцевъ, Право и справедливость; Сѣверный Вѣстникъ, Февраль, 1892.

183) C. v. Naegeli, Mechanisch-physiologische Theorie der Abstammungslehre. 1883.

184) P. Namur, Cours d' Encyclopédie du droit. 1875.

185) E. Neukamp, Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts. 1895.

186) Fr. Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse. 1886.

187) Fr. Nietzsche, Zur Genealogie der Moral. 1887.

188) Fr. Nietzsche, Also sprach Zaratustra. I und II, 1883; III, 1884; IV, 1891.

189) П. Обнинскій, Законодательство какъ факторъ идейно-нравственнаго преуспѣянія; Журналъ Гражданскаго и Уголовнаго Права, Май, 1892.

190) J. Ofner, Studien socialer Jurisprudenz. 1893.

191) L. Oppenheim, Gerechtigkeit und Gesetz. 1895.

192) O. Orban, Cours d' Encyclopédie du droit. 1893.

193) H. F. Osborn, From the Greeks to Darwin. 1894.

194) J. Oudot, Premiers essais de Philosophie du droit. 1846.

195) С. В. Пахманъ, Обычное гражданское право Россіи. Выпускъ I. 1877.

196) С В. Пахманъ, О современномъ движеніи въ наукѣ права; Журналъ Гражданскаго и Уголовнаго Права, 1882, № 3.

197) Frederic Pollock, Essays in Jurisprudence and Ethics. 1882.

198) A. H. Post, Der Ursprung des Rechts. 1876.

199) A. H. Post, Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts. 1872.

200) A. H. Post, Die Anfänge des Staats und Rechtslebens. 1878.

201) A. H. Post, Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis. I Band, 1880; II Band, 1881.

202) A. H. Post, Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Enwicklungsgeschichte. 1884.

203) A. H. Post, Ueber die Aufgaben einer Allgemeinen Rechtswissenschaft. 1891.

204) M. P. Pradier-Fodéré, Principes généraux de droit, de police et de législation. 1869.

205) A. Prins, La philosophie du droit et l' école historique. Revue du droit international, tome XIV (1882).

206) G. Prisco, Principii della Filosofia del diritto. 1872.

207) G. Fr. v. Puchta, Das Gewohnheitsrecht. Erster Theil, 1828; Zweiter Theil, 1837.

208) G. Fr. v. Puchta, Cursus der Institutionen. 9-te Auflage nach dem Tode des Verfassers besorgt von Paul Krüger, 1881 (Erste Auflage, 1841).

209) G. Fr. v. Puchta, Pandekten. 4-te Auflage, nach dem Tode des Verfassers besorgt von D. A. Rudorff. 1848.

210) F. Puglia, Saggi di Filosofia giuridica. 2-da edizione, 1892.

211) Ch. Rappoport, Die sociale Frage und die Ethik. 2-te Auflage, 1895.

212) M. Ratkowsky, Encyclopaedie, 1890.

213) Paul Ree, Die Entstehung des Gewissens. 1885.

214) F. Regelsberger, Pandekten, 1893. Въ Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Karl'a Binding'a.

215) Н. К. Ренненкампфъ, Юридическая Энциклопедія. 1889.

216) G. Richard, L' origine de l' idée du droit. 1892.

217) D. G. Ritchie, Natural Rights. 1895.

218) Eli F. Ritter, Moral law and civil Law. 1896.

219) K. D. A. Röder, Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie. 2-te Auflage, 1860.

220) E. Roguin, La règle de droit. 1889.

221) W. H. Rolph, Biologische Probleme. 1882.

222) W. Roscher, Grundlagen der Nationaloekonomie. 14-te Auflage, 1879.

223) Paul Roth, Bayrisches Civilrecht. 1881.

224) Ad. Roussel, Encyclopédie du droit. 2-de edition, 1871.

225) П. Г. Рѣдкинъ, Изъ Курса лекцій по Исторіи философіи права. Томъ I, 1889.

226) G. Rümelin, Ueber das Rechtsgefühl, 1871. Въ Reden und Aufsätze, II.

227) G. Rümelin, Eine Definition des Rechts, 1880. Въ Reden und Aufsätze, II.

228) G. Rümelin, Das Gewohnheitsrecht; Jahrbücher für die Dogmatik, XXVII Band (N. F. XV Bd.), 1888.

229) Fr. C. v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3-tte Ausgabe, 1840.

230) Fr. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Erster Band, 1840.

231) J. Schein, Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. 1889.

232) Ad. Scheurl, Kirchliche Gewohnheitsrecht; Zeitschrift für Kirchenrecht, II Jahrgang (1862).

233) Ad. Scheurl, Lehrbuch der Institutionen. 1-te Auflage, 1850; 8-te Auflage, 1883.

234) R. Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts. 1848.

235) W. Schuppe, Der Begriff des Rechts; Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht, X Band (1883).

236) W. Schuppe, Die specifische Differenz im Begriffe des Rechts; ibidem, XI Band (1884).

237) W. Schuppe, Die Methoden der Rechtsphilosophie. Zeitschrift für die vergleichende Rechts-Wissenschaft, 5-er Band (1884).

238) W. Schuppe, Der Begriff des subjectiven Rechts. 1887.

239) W. Schuppe, Das Gewohnheitsrecht. 1890.

240) K. J. Seitz, Die praktische Rechtsschule im Entwicklungskampfe mit den bisherigen doktrinären, historischen und Natur-Rechtsschulen, 2-te Auflage, 1895.

241) В. И. Сергѣевичъ, Опыты изслѣдованія обычнаго права; Наблюдатель, 1882, №№ 1 и 2.

242) C. Fr. Ferd. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 1-te Auflage, 1844; 2-te Auflage, 1868.

243) В. Сокольскій, Къ ученію объ организаціи семьи и родства въ первобытныхъ обществахъ; Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія, часть 214 (1881).

244) Вл. Соловьевъ, Принципъ наказанія; Вѣстникъ Европы, Мартъ, 1895.

245) Вл. Соловьевъ, Нравственность и право, ibidem, Ноябрь, 1895.

246) H. Spencer, Social Statics. 3-d thousand, 1868.

247) H. Spencer, A System of Syntetic philosophy. First Principles. 3-d edition, 1870.

248) H. Spencer, Principles of Ethics. 1892.

249) H. Spencer, Principes de biologie. Traduit de l' anglais par J. Geschel. 1878.

250) H. Spencer, The Data of Ethics. Second edition, 1879.

251) H. Spencer, Абсолютная политическая этика; Русская Мысль, Мартъ, 1890.

252) H. Spencer, Недостаточность естественнаго подбора. Русскій переводъ, 2-е изданіе, 1894.

253) R. Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtsschule; въ Festgabe Windscheids. 1889.

254) Статистическое Бюро Казанскаго Губернскаго Земства. Общій сводъ данныхъ хозяйственно-статистическаго изслѣдованія Казанской губерніи. 1896.

255) H. J. Stephen, New Commentaries on the laws of England. 7-th edition, 1874.

256) Leslie Stephen, The science of Ethics. 1882.

257) R. v. Stintzing, Macht und Recht. 1876.

258) H. Stirling, Lectures on the philosophy of law. 1873.

259) O. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts. 3-te Auflage, 1893.

260) E. Stoerk, Studien zur socialer Rechtslehre; Archiv für öffentliches Recht, I Band (1886).

261) S. Stricker, Physiologie des Rechts. 1884.

262) Aug. Sturm, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. 1877.

263) Aug. Sturm, Recht und Rechtsquellen. 1883.

264) Aug. Sturm, Gewohnheitsrecht und Irrthum. 1884.

265) Власій Судейкинъ, Биржа и биржевыя операціи. 1892.

266) И. Табашниковъ, Желательное отношеніе будущаго гражданскаго уложенія къ нашему обычному праву; Журналъ Гражданскаго и Уголовнаго Права, Мартъ, 1886.

267) Н. С. Таганцевъ, Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ. Изданіе шестое, 1889.

268) Н. С. Таганцевъ, Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ Мировыми Судьями, Изданіе шестое, 1889.

269) G. Tarde, Les transformations du droit. 2-de édition, 1894.

270) H. Thiercelin, Principes du droit. 2-de édition, 1865.

271) H. Thöl, Das Handelsrecht. 1875.

272) Aug. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht. 1878.

273) Aug. Thon, Der Rechtsbegriff; Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht, 7-er Band (1880).

274) Alex. Tille, Von Darwin bis Nietzsche. 1895.

275) C. B. M. Toullier, Le droit civil français. 6-ème édition, 1846–1848.

276) Ad. Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. 2-te Auflage, 1868.

277) E. B. Tylor, Die Anfänge der Kultur. Нѣмецкій переводъ, 1873.

278) H. Ulrici, Die Quelle des Rechts und des Rechtsbegriffs; Zeitschrift für Philosophie, Neue Folge, 59 Band (1871).

279) J. Unger, System des oesterreichischen Privatrechts. 5-te Auflage, 1891 (1-te Auflage, 1856).

280) M. A. Vaccaro, Le basi del diritto e dello stato. 1893.

281) G. Vadala-Papale, Morale e Diritto nella vita. 1881.

282) G. Vadala-Papale. Inconscio e conscio nel processo evolutivo della vita sociale e del diritto. 1895.

283) K. A. v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7-e Auflage, 1863 (1-te Auflage, 1838).

284) Friedr. Vering, Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts. 4-te Auflage, 1875 (1-te Auflage, 1865).

285) K. Volgraff, Staats und Rechtsphilosophie. 2-te Auflage, 1864.

286) C. G. v. Wächter, Würtembergisches Privatrecht. 1839.

287) C. G. v. Wächter, Beitrag zu der Lehre vom Gerichtsgebrauche. Archiv für civilistische Praxis, 23 Band (1840).

288) C. G. v. Wächter, Pandekten. Herausgegeben von G. Wächter. 1880.

289) Ad. Wagner, Allgemeine theoretische Volkswirthschaftslehre. Grundlegung. 2-te Auflage, 1879.

290) A. R. Wallace, Human Selection; The Fortnightly Review, vol. XLVIII, New series, 1890.

291) R. Wallaschek, Studien zur Rechtsphilosophie. 1889.

292) Ferd. Walter, Juristische Encyclopaedie. 1856.

293) L. A. Warnkönig, Juristische Encyclopaedie. 1853.

294) Aug. Weismann, Ueber die Vererbung. 1883.

295) Aug. Weismann, Die Continuität des Keimplasmas. 1885.

296) O. Wendt, Rechtssatz und Dogma, Theorie und Praxis; Jahrbücher für die Dogmatik, 22 Band (N. F. X Bd.), 1884.

297) S. Wilkomm, Rechtsphilosophie. 1891.

298) C. M. Williams, A Review of the Systems of Ethics founded on the Theory of evolution. 1893.

299) B. Windscheid, Lehrbuc hdes Pandektenrechts. 5-te Auflage, 1879 (1-te Auflage, 1862).

300) W. Wundt, Ueber das Verhältniss des Einzelnen zur Gemeinschaft; Deutsche Rundschau, Band LXVIII (Juli-August-September 1891).

301) В. Ф. Залѣскій, Ученіе о происхожденіи прибыли на капиталъ. Отдѣлъ I, Ученіе о цѣнности. Вып. 1 и 2, 1893.

302) В. Ф. Залѣскій, Общинное землевладѣніе у чувашъ и черемисъ Казанской губерніи; Сѣверный Вѣстникъ, Сентябрь 1895.

303) М. Зарудный, Законы и жизнь. 1874.

304) E. Zittelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum; Archiv für die civilistische Praxis, 66 Band (1883).

305) Ferd. Zrodlowski, Das Römische Privatrecht. I Band, 1877; Zweiter Band, 1886.

306) В. Шимкевичъ, Наслѣдственность и попытки ея объясненія. 1896.

307) И. Шрагъ, Крестьянскіе суды; Юридическій Вѣстникъ; томъ IX (1877).

308) В. Щегловъ, Нравственность и право. 1888.

УКАЗАТЕЛЬ ИМЕНЪ.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Часть III, критико-догматическая.

ТОГО-ЖЕ АВТОРА:

Ученіе о происхожденіи прибыли на капиталъ, отдѣлъ I. Ученіе о цѣнности. Вып. 1-й, часть догматическая. 1893 г. Ц. 50 к.

Ученіе о происхожденіи прибыли на капиталъ, отдѣлъ I. Ученіе о цѣнности. Вып. 2-й, часть критическая. 1893 г. Ц. 2 р.

Рѣчь, сказанная прив. доц. Императорскаго Казанскаго Университета В. Ф. Залѣскимъ во время магистерскаго диспута въ С.-Петербургскомъ Университетѣ 30 октября 1894 года. 1894 г. Ц. 15 к.

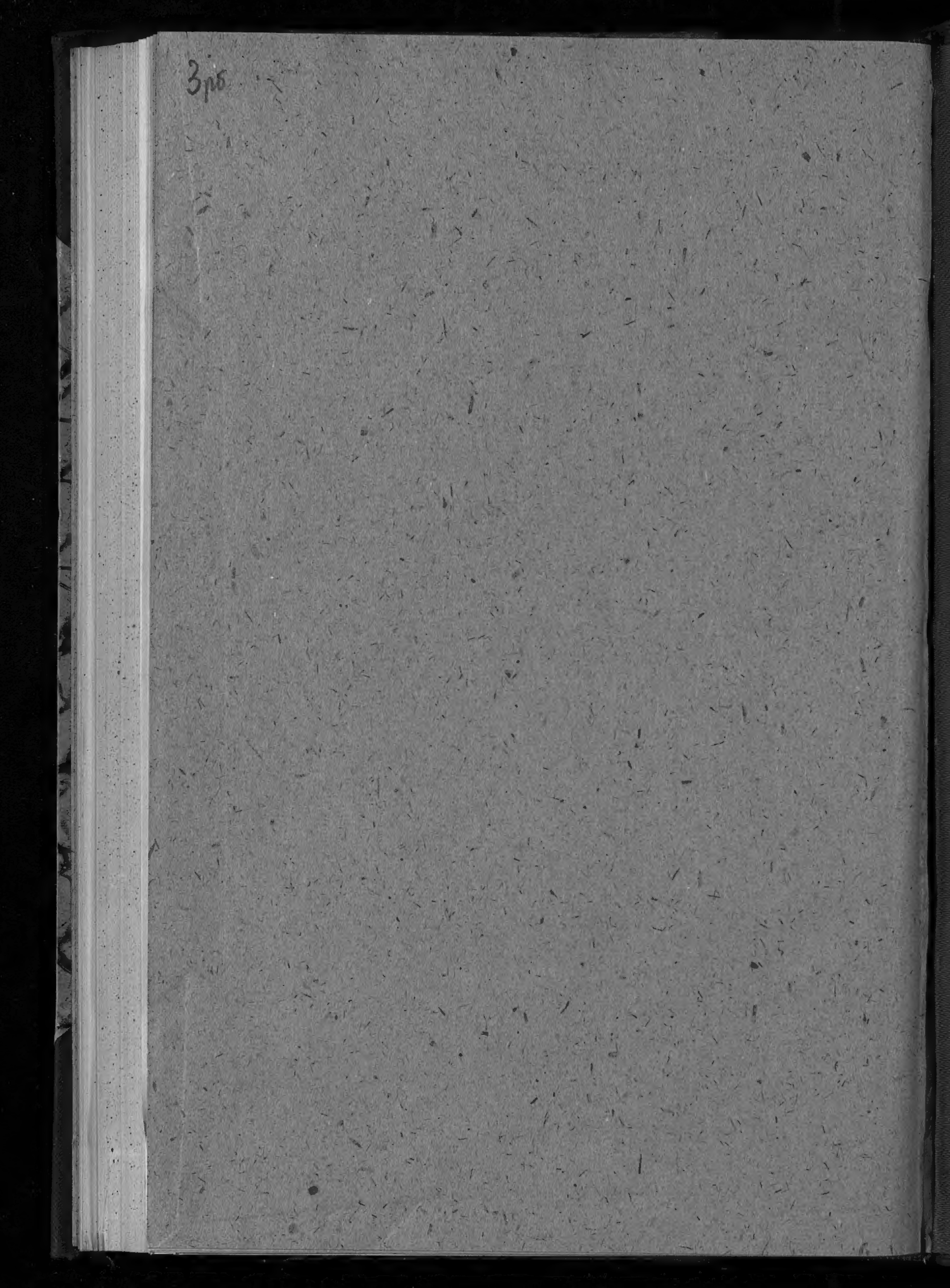
Міровой законъ цѣнности. 1894 г. Ц. 15 к.

Critique de la théorie du dégré final de l'utilité. Kazan, 1895. Prix 50 c.=20 cop.

Экономическія явленія въ мірѣ животныхъ. 1896 г. Ц. 25 к.

Теорія бумажно-денежнаго обращенія. Публичная лекція. 1896 г. Ц. 25 к.

Цѣна 2 рубля.


3p6



